بحر المذهب

في فروع المذهب الشافعي

تأليف

القاضي العلامة فخر الإسلام شيخ الشافعية
الإمام أبي المحاسن عبد الواحد بن إسماعيل الروياني
المتوفى ٥٠٢ هـ

تحقيق

طارق فتحي السيد

الجزء الرابع

يحتوي على الكتب التالية :

تتمة الحج - الصيد والذبائح - الضحايا - الأطعمة
السبق والرمي - البيوع

دار الكتب العلمية
Dar Al-Kotob Al-ilmiyah
DKi
أسسها محمد علي بيضون سنة 1971 بيروت - لبنان
Est. by Mohammad Ali Baydoun 1971 Beirut - Lebanon
Établie par Mohamad Ali Baydoun 1971 Beyrouth - Liban

http://www.al-ilmiyah.com info@al-ilmiyah.com sales @al-ilmiyah.com baydoun@al-ilmiyah.com

Title :	**BAHR AL - MADHAB**	**الكتاب** :	**بحر المذهب**
Classification:	Shafeit jurisprudence	**التصنيف** :	فقه شافعي
Author	: Imām Abu al-Maḥāsin al-Rūyāni	**المؤلف** :	الإمام أبو المحاسن الروياني
Editor	: Ṭāriq Fatḥi al-Sayyid	**المحقق** :	طارق فتحي السيد
Publisher	: Dar Al-Kotob Al-ilmiayh	**الناشر** :	دار الكتب العلميـــة - بيروت
Pages	: 7232(14 volumes)	**عدد الصفحات**:	7232(14 جزءاً)
Size	: 17*24	**قياس الصفحات**:	17*24
Year	: 2009	**سنة الطباعة** :	2009
Printed in	: Lebanon	**بلد الطباعة** :	لبنـــان
Edition	: 1st	**الطبعة** :	الأولى

Dar Al-Kotob Al-ilmiyah

ISBN 978-2-7451-4061-6
ISBN 2-7451-4061-2
9 782745 140616

بسم الله الرحمن الرحيم

بَابُ حج الصبيّ يبلغ والمملوك يعتق والذميّ يسلم

مَسْأَلَةٌ: قالَ[1]: وإذا بلغ غلام أو أعتق عبد أو أسلم ذمّي. وقد أحرموا.

الفَصْلُ

إذا أتى الكافر الميقات مريداً للنسك، فأحرم منه لم ينعقد إحرامه. وذكر في «الشامل»، هل ينعقد إحرامه؟ قولان، وهو غلط عندي ولم يذكر غيره، فإن أسلم بعد هذا لا يخلو إما أن يُسلم قبل فوات وقت الوقوف أو بعده، فإن أسلم بعده، فالحجّ لا يلزمه في هذه السنة، لأن وقته قد [١٧٨/أ] فات، ولا يمكنه فعله، فتلزمه العمرة، لأنه قادر على فعلها، ولكنها على التراخي، فإن شاء اعتمر في هذه السنة، وإن شاء أخّرها إلى وقت آخر وإن أسلم قبل فوات وقت الوقوف، فعليه الحجّ والعمرة معاً، إلا أنهما يجبان على التراخي، فهو بالخيار بين أن يأتي بهما في هذه السنة وبين أن يؤخّرهما لأن فرض الحجّ والعمرة على التراخي، فإن أخّرهما فلا دم عليه، لأن من جاوز الميقات يريد الحجّ، فلم يحرم، ولم يحجّ من سنة فلا دم عليه، وإن أحرم بالحجّ أو العمرة، فإن عاد إلى الميقات محرماً، أو حلالاً، ثم أحرم، فلا دم عليه، وإن أحرم من موضعه، ومضى على وجهه، ولم يعد إلى الميقات، فعليه دم، لأنه جاوز الميقات، وهو يقدر على الإحرام منه، فلم يحرم وأحرم دونه.

وقال أبو حنيفة والمزني: لا دم عليه، وعن أحمد روايتان، واحتجّوا عليه بأنه مرّ على الميقات، وليس من أهل النسك، فإذا أحرم دونه لم يلزمه الدم، وهذا غلط، لأنه جاوز الميقات مريداً للنسك وأحرم دونه ولم يعد إليه، فيلزمه الدم كالمسلم والكافر، وإن لم يكن من أهل النسك، ولكنه أراد النسك، ويمكنه الإتيان به صحيحاً، بأن يسلم، ثم يحرم. وأمّا الصبي والمملوك إذا أحرما فإحرامهما منعقد صحيح، فإن بلغ الصبيّ، وأعتق العبد نُظر، فإن كان بعد الوقوف لم يجز لهما عن حجّة الإسلام، وكذلك إن كان بعد الفراغ من الحجّ، وإن كان قبل فوات وقت الوقوف قبل الوقوف وقفا بعرفة بعد الكمال أجزأهما عن حجّة الإسلام.

وبه قال أحمد، وقال أبو حنيفة في العبد: يكون حجّه تطوعاً وبناؤه على أصله يجوز

(١) انظر الأم (٢/ ١٠٠).

التطوع بالحجّ قبل الفرض، [١٧٨/ب] وأمّا الصبيّ لم ينعقد إحرامه، فعليه استئناف الإحرام والوقوف بعده.

وقال مالك: يكون حجّهما تطوعاً لأن من أصله أن إحرام العبد والصبي صحيح، ولكن التطوع يسبق الفرض في الحجّ وإن كان بعد الوقوف قبل فوات وقت الوقوف بأن رجعا إلى مزدلفة، ثم كملا، فإن رجعا ووقفا أجزأهما عن حجّة الإسلام، وإن لم يرجعا فمذهب الشافعي أنه لا يجزئهما.

وقال ابن سريج: يجزئهما عن حجّة الإسلام، لأنه إذا أحرم في حال الرّق أو الصغر، ثم أعتق أو بلغ في وقتٍ يجوز ابتداء الإحرام فيه أجزأهما عن حجّة الإسلام، وكان بمنزلة الإحرام المستأنف في هذا الوقت، فكذلك الوقوف. وهذا غلط والفرق بينهما أنه مستديم الإحرام، فكانت استدامته بمنزلة ابتدائه، وليس كذلك الوقوف، فإنه في حال الحرية عن مقيم عليه، ألا ترى أنا لا نقول إنه واقف كما يقول إنه محرم، فلهذا لا يحتسب له.

وأمّا إذا سعى عقيب طواف القدوم، ثم بلغ أو أعتق في يوم عرفة يلزمهما إعادة السعي.
وقال ابن سريج: لا يلزمهما إعادته. وهذا غلط لما ذكرنا أنه لم يأتِ به في وقت الفرض.

وقال بعض أصحابنا بخراسان: فيه وجهان، بناء على الوجهين في تقدير إحرامه، فإن قلنا: إحرامه وقع موقوفاً ولا يتبين أنه انعقد فرضاً لا يلزمه إعادة السعي، وإن قلنا: إحرامه انعقد فعلاً، ثم انقلب فرضاً بعد بلوغه يلزمه إعادة السعي، ولا معنى لهذا مع النصّ، فإذا تقرّر هذا، فكل موضع، قلنا: حجّهما تطوع لا يجوز عن حجّة الإسلام، فلا دم عليه، لأنه أحرم بحجّة [١٧٩/أ] التطوع، ومضى على ذلك الإحرام، فلا يلزمه الدم، وكل موضع قلنا: يجزئهما عن حجّة الإسلام، فهل عليهما دم؟.

اختلف أصحابنا فيه على طريقين، فقال أبو إسحاق وغيره فيهما قولان:

أحدهما: عليهما الدم لأنهما ما أحرما بالفرض من الميقات.

والثاني: لا دم لأنهما أكملا حجّة الإسلام بالإحرام من الميقات، وهو اختيار القاضي أبي حامد، وهو الصحيح. وقال الإصطخري وأبو الطيب بن سلمة: لا يلزمهما الدم قولاً واحداً، وقول الشافعي: يجب الدم، أراد إذا جاوزا الميقات مريدين النسك، ثم أحرما دونه ويفارق الكافر لأن إحرامهما من الميقات صحيح، وإن لم يكونا من أهل الفرض، وهو البلوغ والعتق ليس إليهما فهما فيه معذوران. وإحرام الكافر غير صحيح، وكان يمكنه أن يحقق مقصوده بالإسلام، فهو غير معذور في ذلك، فإذا أسلم بعد ذلك وحقّق إحرامه بالاستئناف يلزمه الدم، لتأخيره عن الميقات من غير عذر واحتجّ المزني بما ذكر الشافعي في الصبي على مسألة الكافر، فقال: إذا لم يبن عنده أن على العبد والصبي دماً وهما مسلمان، فالكافر أحق أن لا يكون عليه دم، لأن إحرامه مع الكفر ليس بإحرام، والإسلام يجب ما كان قبله، وإنما وجب عليه مع الإسلام بعرفات، فكأنها منزله، قلنا: لا إحرام له، ولكن له إرادة صحيحة للحجّ والإسلام يجبّ ما قبله، ولكن نحن لا نوجب عليه الدم بشيء كان قبل الإسلام بل توجب لحجّ في الإسلام ترك

الإحرام له من الميقات، فلا يصحّ ما ذكره.

مَسْألَةٌ: قالَ[1]: ولو أفسد العبد حجّه قبل عرفة، ثم أعتق، والمراهق بوطءٍ قبل عرفة، ثم احتلم [١٧٩/ب].

الفَصْلُ

إذا أحرم العبد بغير إذن سيده انعقد إحرامه. وقال أهل الظاهر: لا ينعقد إحرامه. وهذا غلط لما روي عن رسول الله ﷺ أنه قال: «أيّما عبد حجّ ثم أعتق فعليه حجّ الإسلام»، فأضاف الحجّ إليه، وأثبته له، ولم يفرق بين أن يكون بإذن السيد أو بغير إذنه، ولأنه عبادة على البدن، فصحّ منه بغير إذن سيده كالصوم واحتجّ بأنه لا يجوز نكاحه وعقوده إلّا بإذن [١٨٠/أ] السيد كذلك هذا. قلنا: الفرق أن الإحرام قد ينعقد موقوفاً، ويقف على البيان في الثاني، فجاز أن ينعقد إحرامه، ويقف على فسخ السيد، وإجازته بخلاف النكاح، فإذا تقرّر هذا، قال الشافعي: أحببت له أن يدعه ليمضي في نسكه ويتمّه، لأنه طاعة وقربة، فإن لم يفعل ولم تطب نفسه بذلك، فله منعه ويفسخ عليه الإحرام، لأن منفعته مستحقّة له في جميع الأوقات إلا في الأوقات التي يستحقّ العبادة فيها شرعاً، والحجّ لا يلزمه شرعاً، فلا يجبر السيد على تعطيل منفعته فيه، ثم إذا حلّله، فهو كالمحصر، فإن ملكه السيد الهدي.

وقلنا: العبد يملك بالتمليك في أحد القولين لم يكن له أن يتحلّل حتى يذبح كالحرّ. وإن قلنا: لا يملك على القول الصحيح، أو لم يملكه السيد فالحرّ المحصر إذا لم يجد الهدي، فيه قولان:

أحدهما: أنه لا بدل لهدي الإحصار، فيكون الهدي في ذمّته، وعلى هذا هل يتحلّل أم يبقى على إحرامه حتى يجد الهدي، ويذبح قولان.

والثاني: له بدل، وهو الصوم، وهل يبقى محرماً حتى يفرغ من الصوم أم يتحلّل، ثم يصوم؟ قولان. قال أبو إسحاق والعبد في ذلك مخالف للحرّ، فالعبد يتحلّل في الحال. وإن قلنا: الحرّ لا يتحلّل حتى يجد الهدي ويذبح، أو حتى يصوم لأن في تقييده العبد على الإحرام إلى ذلك الوقت ضرراً بالسيد، فلا يجوز ذلك، وكذلك في الصبر إلى أن يعتق ضرر بالعبد والحرّ يمكنه أن يحتال، فيكتسب ويستوهب ويتكدى ويحصل الهدي فيذبح، فلا يلحقه [١٨٠/ب] كثرة مشقّة، فافترقا.

ومن أصحابنا من قال: العبد والحرّ في هذا سواء. وقال بعض أصحابنا بخراسان: الصوم في حقّ الحرّ مرتب على الهدي، فإن قلنا: يحل ثم يهدي، فأولى ذلك في الصوم. وإن قلنا: يصير إلى أن يهدي، فهل يلزمه الصبر في الصوم؟ حتى يفرغ منه، قولان. والفرق أن الصوم تطول مدّته بخلاف الهدي، ثم العبد مرتب على هذا، فإن قلنا: في الحرّ لا يلزم الصبر، ففي العبد أولى، وإلا فوجهان.

---

(١) انظر الأم (٢/١٠١).

فَرْعٌ

من نصفه حرّ ونصفه عبد إذا كان بينهما مهايأة، فأحرم في يوم نفسه ليس للسيد منعة. ذكر أصحابنا، وفيه نظر عندي. وأمّا إذا كان أذن السيد لعبده بالإحرام، فأحرم لم يكن للسيد منعه، وتحليله. وبه قال أحمد، وقال أبو حنيفة: له أن يحلّله، وهذا غلط، لأنه عقد لازم عقده بإذن سيده، فلم يكن لسيده منعه منه كالنكاح.

فَرْعٌ آخرُ

لو أذن لعبده بالحجّ، ثم رجع عن إذنه نظر، فإن رجع قبل أن يحرم العبد وعلم به العبد، بطل الإذن، ولو أحرم العبد بعد ذلك كان له أن يحلّله وإن أحرم العبد قبل أن يعلم برجوعه، فهل له أن يحلّله؟ وجهان بناء على الموكل إذا عزل الوكيل وتصرف الوكيل قبل أن يعلم بعزله، هل ينفذ تصرفه؟ قولان.

فَرْعٌ آخرُ

لو باعه بعدما أحرم بإذنه صحّ بيعه، لأن الإحرام لا يمنع التسليم ويفارق بيع المستأجر لا يصحّ في أحد القولين، لأن الإجارة تمنع التسليم، ولهذا عقد النكاح لا يمنع البيع لهذا المعنى، فإذا صحّ هذا، فإن كان عالماً بإحرامه، فلا خيار له، وإن لم يكن عالماً ثبت له الخيار، لأن بقاءه على الإحرام يضر بالمشتري [١٨١/أ].

وقال أبو حنيفة: لا خيار له، لأن عنده له أن يحلّله كما كان لبائعه وقد دلّلنا عليه.

فَرْعٌ آخرُ

لو كان أحرم بغير إذن سيده وباعه لم يكن للمشتري الخيار سواء علم بإحرامه، أو لم يعلم، لأن له أن يحلّله، لأن البائع كان له أن يحلّله، فقام المشتري مقامه في ذلك، ولا يسقط ذلك بعلمه به. والمشتري بالخيار بين تمكينه ومنعه وإن لم يكن بالإحرام في ملكه لما فيه من تفويت منفعة ملكه، ولم يكن إحرامه مستقر.

فَرْعٌ آخرُ

لو أذن له بالإحرام، ثم باعه ولم يعلم بإحرامه حتى حلّ منه، ففي خياره وجهان:

أحدهما: الاختيار له اعتباراً بالحال.

والثاني: له الخيار اعتباراً بما وجب. ذكره في «الحاوي»[١]، وعندي الوجه الثاني هو المذهب، لأن الخيار للضرر، وقد ارتفع الضرر.

فَرْعٌ آخرُ

لو أذن له بالإحرام بالحجّ مفرداً، فقرن كان قراناً صحيحاً، وليس للسيد منعه، لأن عمل القارن كعمل المفرد، ولو أذن له بالإحرام في ذي الحجّة، فأحرم في ذي القعدة له منعه.

(١) انظر الحاوي للماوردي (٤/ ٢٥٢).

فَرْعٌ آخرُ

ليس للسيد أن يجبر عبده على الإحرام. وقال بعض أصحابنا: للسيد أن يجبر عبده على الإحرام بالحجّ، وعلى العبد امتثال أمره فيه، لأن ثوابه راجع إلى السيد ذكره في «الحاوي»[١]، وهذا غلط، لأنه لا يجبره على الصلاة والصيام، كذلك على هذا.

فَرْعٌ آخرُ

إذا قال السيد: حللتك تحلّل، فإن ألبسه مخيطاً أو ضمخه بطيب، فليس ذلك بتحليل خلافاً لأبي حنيفة.

مَسْأَلَةٌ: قالَ[٢]: ولو أذن له أن يتمتع، فأعطاه دماً لتمتعه لم يجز عنه، وعليه الصوم.

الدماء التي تجب على العبد في الحجّ تنظر، فإن [١٨١/ب] لم تكن مما اقتضاه الإذن مثل دم الفساد والفوات وجزاء الصيد واللباس، فلا يلزم السيد، فإن قلنا: العبد إذا ملك، ملك يجوز للسيد أن يتطوع بالهدي عن العبد، ويسقط عنه الفرض، وإن قلنا: لا يملك إذا ملك، وهو الذي أجاب به ههنا، أو قلنا: يملك ولكن السيد لم يملكه، ولا أهدى عنه ففرضه الصوم، وللسيد منعه من هذا الصوم، لأنه لم يتضمّنه إذنه وإن كان مما يتضمّنه إذن السيد مثل دم التمتع والقران، إذا أذن له في ذلك، فإن قلنا: لا يملك إذا ملك ففرضه الصوم، ولا يجوز الهدي، فإن مات العبد قبل أن يصوم، قال الشافعي ههنا: ويجزىء أن يُعطي عنه ميتاً، وأراد أنه يجوز أن يهدي عنه، أو يطعم، وهذا لأنه قد أيس صومه. وقال المزني: لا يجوز ذلك، كما لا يجوز له ذلك عنه حياً، لأنه لا يملك. قلنا: الفرق ما ذكرنا، وأيضاً الإعطاء عن الميت لا يقتضي تمليكه، بل هو إسقاط الفرض عنه، فجاز بخلاف الحيّ وهي كالفرق بين الحجّ عن الميت، يجوز من غير إذنه ولا يجوز عن الحيّ من دون الإذن وأيّد الشافعي هذا بالخبر، فقال: لأن النبي ﷺ أمر سعداً أن يتصدّق عن أمه بعد موتها، وأراد به ما روي أن سعداً قال: يا رسول الله إن أمي افتلتت، أي: ماتت فجأة، ولو قدرت لأوجبت، فهل ترى أن أتصدّق عنها؟ فقال: «نعم»، وإن قلنا: العبد يملك نصّ الشافعي في «القديم» على قولين:

أحدهما: أن هذا الدم يكون في مال السيد، لأنه لما أذن له في التمتع كان تحملاً للهدي كالإذن في النكاح باكتساب المهر والنفقة [١٨٢/أ].

والثاني: لا يجب في ماله بل يكون فرضه الصوم، لأنه ينفك ذلك عن وجوب المال، بأن يكون الفرض الصوم، فافترقا، وله أن يصوم من غير إذن السيد، لأنه لزمه بسبب تضمّنه إذنه ولو عتق هذا العبد قبل أن يصوم عن متعته، فأراد أن يريق دماً، له

---

(١) انظر الحاوي للماوردي (٤/ ٢٥٠).

(٢) انظر الأم (٢/ ١٠٣).

ذلك على الأقوال كلها، وهو معنى قوله ما دام مملوكاً، ولكنه جواب على القول الذي يقول: الاعتبار في الكفّارات بوقت الأداء إلا بوقت الوجوب، والله أعلم.

بَابُ من أهلّ بحجّتين أو بعمرتين

مَسْأَلَةٌ: قالَ[1]: ومن أهلّ بحجّتين أو عمرتين معاً أو بحجّ، ثم أدخل عليه حجّاً آخر.

الفصل

إذا أحرم بحجّتين أو بعمرتين أو بواحدة منهما، ثم أدخل الأخرى عليها، فلا ينعقد إحرامه إلا لواحدة، ولا تنعقد الأخرى، ولا يجب قضاؤها، ولا دم عليه. وبه قال مالك وأحمد، وقال أبو حنيفة وأصحابه: ينعقد بهما إلّا أنه لا يمضي فيهما، بل يرفض إحداهما، ويمضي في الأخرى ثم يقضي الثانية بعد ذلك، واختلفوا في وقت الرفض، فقال أبو يوسف: ترفض الثانية عقيب الإحرام. وقال أبو حنيفة ومحمد: ترفض إذا أخذ في العمل حتى لو ارتكب محظوراً قبل ذلك يلزمه جزءان، والحجّة ما ذكره المزني وتحريره أنهما عبادتان لا يصحّ المضي في عملهما، فلا يصحّ الإحرام بهما كالصلاتين، ويفارق الحجّ والعمرة ينعقد الإحرام بهما، لأنه يمكنه المضي فيهما، وههنا لا يصحّ المضي فيهما، فلا ينعقد بهما.

وقد ذكرنا قبل هذا أن إدخال العمرة [١٨٢/ب] على الحجّ لا يجوز قولاً واحداً على أحد الطريقين. والصحيح عند الشافعي أن إدخال أحدهما على الآخر قبل التلبس بشيء من أعماله يجوز سواء كان إدخال الحجّ على العمرة أو العمرة على الحجّ. وإذا قلنا: لا يجوز لو رمى يوم النفر الأول له الانصراف، ثم أحرم بالعمرة، فإن كان قبل أن ينصرف لم تنعقد عمرته، وقد ذكرنا ذلك.

بَابُ الإجارة على الحجّ والوصية به

مَسْأَلَةٌ: قالَ[2]: ولا يجوز أن يستأجر الرجل من يحجّ عنه إذا لم يقدر على مركب لضعفه أو كبره إلّا بأن يقول: يحرم عنه من موضع كذا وكذا.

الفَصْلُ

يجوز لمن عجز عن الحجّ بنفسه عجزاً ميئوساً منه أن يجهز من يحجّ عنه، فإن تطوع عنه بلا رزق ولا أجرة جاز، وإن حجّ عنه بنفقة، وهو أن يقول: حجّ عني وأعطيك نفقتك جاز، وإن استأجره إجارة صحيحة، بأجرة معلومة جاز وتكون الإجارة لازمة مستقرة، ويقع الحجّ عن المحجوج عنه، ويسقط فرضه ويستحقّ الأجير الأجرة المسماة.

وقال أبو حنيفة: الأجرة عليه لا تجوز، ولكن يجوز أن يعطيه نفقة ليحجّ عنه، فإذا

---

(١) انظر الأم (٢/ ١٠٤).

(٢) انظر الأم (٢/ ١٠٥).

حجّ كان الحجّ عن الفاعل، وثوابه له، ويحصل للمستأجر ثواب النفقة. وبه قال أحمد ومالك قال مالك: والدليل عليه أن هذا عمل يدخله النيابة، فجاز أخذ الأجرة عليه كتفريق الزكاة.

فَرْعٌ

هل من شرطها أن يبين موضع الإحرام في العقد؟ اختلف أصحابنا فيه على طرق. وقال أبو إسحاق وغيره: فيه قولان [١٨٣/أ]:

أحدهما: لا يصحّ إلّا بأن يبيّن موضع الإحرام، لأن الإحرام يجوز من كل موضع، فتكون الإجارة مجهولة، فلا بدّ من البيان، وهو الذي نصّ عليه ها هنا.

والثاني: قاله في «الإملاء»: يصحّ مطلقاً، لأنه مبيّن بالشرع، وهو الميقات، فيحمل عليه كموضع الوقوف، والطواف والسعي وكالثمن في البيع والسير في الإجارة يحمل على العرف ويصح العقد مطلقاً به. ومن أصحابنا من قال: المسألة على اختلاف حالين، فالموضع الذي قال يحتاج أن يبيّن أراد إذا كان منزله بين ميقاتين يصلح أن يكون كل واحد منهما ميقاته، والموضع الذي قال: لا يحتاج إلى بيانه إذا كان ميقات بلده معروفاً، وهذا لا يحتمل كلام الشافعي، لأنه لما قال: لا يجوز حتى يبيّن من العلة التي ذكرناها.

ومن أصحابنا من قال: المسألة على اختلاف حالين من وجه آخر، فإن كان المحجوج عنه ميتاً لا يشترط ثباته، لأنه لا اختيار له، ولا يتوصّل إلى عرضه، وإن كان المحجوج عنه حياً شرط لاختلاف عرضه. وله اختيار يتوصّل إليه، فإذا قلنا: لا يشترط ذلك، فإن عيّن موضعاً، إما الميقات أو قبله صحّت الإجارة، وتعيّن ذلك، وإن أطلق يلزمه الإحرام من الميقات، فإن أحرم قبلها استحقّ المسمى، ولا يستحقّ شيئاً آخر للزيادة، وإذا قلنا: يشترط، فإن عين موضعاً صحّت الإجارة، ويلزمه الإحرام، وإن لم يعيّن بطلت الإجارة إلا أن الأجير إن حجّ عن المستأجر أجزأ ذلك الحجّ عنه، لأنه قد أذن له فيه، وإن كان العقد فاسداً كما لو وكّل في بيع شيء وكالة فاسدة، فباع صحّ، [١٨٣/ب] ولا يستحقّ الأجير الأجرة المسمّاة لأن المسمّى يستحق بالعقد الصحيح دون الفاسد، فيلزم أجر المثل.

مَسْأَلَةٌ: قالَ[(١)]: وإن وقت [له] وقتاً فأحرم قبله، فقد زاده خيراً.

الفَصْلُ

إذا عيّن الأجير موضعاً يحرم منه، فأحرم قبله، فقد زاده خيراً، وإن أحرم من ذلك الموضع فقد وفّى بموجب العقد، وأجزأه وإن جاوزه وأحرم دونه، فإن رجع إليه محرماً ومضى في حجّه فقد زاده خيراً، وإن مضى على وجهه، ولم يرجع إلى الموضع الذي

---

(١) انظر الأم (٢/ ١٠٥).

عيّنه، فلا يختلف المذهب أن عليه دماً، لأنه ترك الإحرام من الموضع الذي يلزمه الإحرام منه، فهو كما لو ترك الإحرام من الميقات الشرعي، فإذا ثبت هذا، فهل عليه أن يردّ من الأجرة بقسط ما ترك. قال في «الأم»: يلزمه ذلك، وعليه دم.

وقال في «القديم»: عليه دم وسكت عن ردّ الأجرة. واختلف أصحابنا فيه، فمنهم من قال قولاً واحداً، إنه يردّ بقدره من الإحرام، وما قاله في «القديم» محمول على ما فسره في «الأم»، فيقال: كم تسوي الحجّة من بلده على أنه يحرم من الموضع الذي عيّنه؟ فيقال ثلاثمائة، فيقال: وكم تسوي الحجّة من بلده على أن يحرم من الموضع الذي أحرم منه؟ فيقال: مائتان، فيردّ مائة درهم، وهذا لأنه استؤجر على سفر وعمل، فلم يفعل ذلك على التمام نصّ عليه في «الإملاء»، وفيه قول آخر نصّ عليه في الجديد يعتبر بقسط للأجرة من الموضع الذي نصّ عليه دون البلد الذي خرج منه لتكون الأجرة مقسّطة على أفعال الحجّ دون السفر الموصل إليه، ذكره في «الحاوي»[1].

ومن أصحابنا من قال: فيه قولان [١٨٤/أ]:

أحدهما: لا يردّ من الأجرة شيئاً، لأنه جبر نقصه بدم. وهذا ضعيف.

والثاني: يلزمه ذلك على ما ذكرنا، لأنه لم يوفّه جميع العمل، فلم يستحقّ كمال الأجرة كما لو استأجره ليبني له عشرة أذرع فبنى تسعة أذرع لا يستحقّ كمال الأجرة. وهذه الطريقة أصحّ، لأن الشافعي قال في «القديم»: يهريق دماً وحجّه تام، وتمام الحجّ يدلّ على أنه لا نقصان فيه والأجرة إنما تردّ عند النقصان، فإذا لم يكن نقصان لا يلزمه ردّ شيء.

فَرْعٌ

لو ترك الرمي هل يردّ من الأجرة؟ يسقط ذلك على هذين الطريقين.

فَرْعٌ آخرُ

لو تطيّب ولبس المخيط وقتل الصيد لزمته الفدية في ماله، ولا يردّ من الأجرة شيء، لأن ذلك ينقص الثواب دون العمل، فلا يمكن تقسيط الأجرة عليه، وههنا ينقص الثواب والعمل معاً، فيلزمه الدم جبراً لنقص الثواب، ويلزمه ردّ الأجرة جبراً لنقص العمل.

فَرْعٌ آخرُ

لو ترك طواف القدوم ونحوه الذي لا يوجب الدم، فعليه أن يردّ بقسطه من الأجرة قولاً واحداً، لأنه عمل في مقابله عوض لم يأتِ به ولا ببدله، ذكره في «الحاوي»[2].

فَرْعٌ آخرُ

لو ترك المبيت بمزدلفة ونحوه، فإن قلنا: عليه دم، فهل يردّ بقسطه من الأجرة؟ على

(١) انظر الحاوي للماوردي (٤/ ٢٦٢).

(٢) انظر الحاوي للماوردي (٤/ ٢٦٣).

الخلاف الذي ذكرناه، وإن قلنا: لا دم عليه يلزمه ردّ قسطه قولاً واحداً.

وقال ابن سريج محلّ القولين فيما ذكرنا إذا كان النقص الداخل في الإحرام أكثر من قيمة الشاة التي ذبحها، فأمّا إذا كان عليه أقل، فعليه ردّ الزيادة قولاً واحداً. وقال غيره: سواء كان مثل قيمة الشاة، أو أقلّ [١٨٤/ب] أو أكثر، فيه قولان: لأنا لا نتحقق أن دم الشاة قد جبر النقص وتحقّقنا وجود النقص، لأن دم الشاة حق الله تعالى. وهذا يردّ حق الآدمي.

فَرْعٌ آخرُ

قال في «الأم»[1]: لو استأجره ليحجّ عنه من الميقات، فلما بلغ الميقات أحرم بالعمرة عن نفسه واعتمر ثم أحرم بالحجّ عن المستأجر من جوف مكّة، فإنه يجزىء عن المستأجر، وعلى الأجير دم ويردّ بقدره من الأجرة على المذهب الصحيح، وكيفيته على الخلاف الذي ذكرنا، ففي أحد القولين، يقال: حجّة من الميقات كم تسوي وحجّة من مكّة كم تسوي فيردّ ما بين ذلك.

وقال في «الإملاء»: يردّ ما بين بلده إلى مكّة لأنه يصير بسيره من بلده إلى مكّة لنفسه دون المستأجر إذا بدأ بالعمرة لنفسه، فوجب أن يردّ من الأجرة بقدر ما بين حجّه من بلده وبين حجّه من مكّة، والمذهب الأول، لأن الإجارة عقدت على الحجّ وأفعاله، وهو الإحرام من الميقات، وما قبل ذلك من قطع المسافة إلى الميقات تسبب إلى الحجّ والأجرة إنما تسقط على العمل الذي وقع العقد عليه دون المسبب إليه ألا ترى أنه لو استأجر أجيراً ليخبز له خبزاً، فالأجرة تكون في مقابلة الخبز دون التسبب إليه من إحضار الماء وإصلاح النار، وغيرهما، فكذلك ههنا. وقال أبو حامد: المذهب أنه يقال: حجّة من بلده أحرم بها من الميقات كم تسوّي؟ فيقال: مائة وحجّة من بلده أحرم بها من مكّة كم تسوّي، فقال: تسعين فيسقط عشر للأجرة المسماة. وقول هذا القائل.

الثاني، أن سيره لنفسه لا يعلم فربما يعبر عرفة في الميقات. وقال أبو حنيفة: يلزمه أن يردّ جميع النفقة لأنه أدى بالسفر غير المأمور به وفعل الحجّ من غير مشقّة، وهذا غلط، [١٨٥/أ] لأنه أتى عنه بحجّ صحيح، وإنما أخلّ بما يجزئه الدم، فلا تسقط نفقته.

فَرْعٌ آخرُ

لو رجع إلى الميقات في هذه المسألة التي ذكرناها، وأحرم بالحجّ عن المستأجر، فعلى قوله في «الأم»: لا يلزمه ردّ شيء من الأجرة، وعلى قوله في «الإملاء» يردّ من الأجرة بقدر ما بين بلده إلى الميقات. وقيل: قول واحد لا يلزمه ردّ شيء. وبه يظهر أن سفره لم يكن لنفسه.

---

(١) انظر الأم (٢/١٠٦).

فَرْعٌ آخرُ

لو أحرم الأجير موقوفاً ثم عزاه إلى مستأجره قبل شروعه في العمل، فيه وجهان:
أحدهما: أنه يقع عنه، ولا يجوز صرفه إلى المستأجر.
والثاني: يقع عن المستأجر.

فَرْعٌ آخرُ

لو استأجره على فعل القران أو التمتع يلزم الدم في مال المستأجر دون مال الأجير، لأن هذا الدم موجب النسك، فإذا أذن له فيه لزمه في ماله.

وقال بعض أصحابنا بخراسان: فيه قول آخر يلزم النائب، لأن هذا الدمّ دم جبر ودم الجبر على الأجير في ماله كدم الطيب، وهذا غريب ضعيف.

فَرْعٌ آخرُ

لو استأجره ليقرن عنه أو يتمتع على أن يكون الدم على الأجير لم تصحّ الإجارة لأن ذلك يكون في معنى بيع، وإجارة وفي ذلك قولان: إلا أن ههنا تفسده قولاً واحداً، لأن المبيع فيها غير مضبوط بالصفة، ولا بالعيان.

فَرْعٌ آخرُ

لو استأجره على أن يحرم عنه من بستان بني عامر. قال ابن المرزبان: لا يصحّ عقد الإجارة لأن مجاوزة الميقات لا تجوز من غير إحرام.

فَرْعٌ آخرُ

قال في «المناسك الكبير»(١): لو استأجر رجلاً ليحجّ عنه من ميقات ذكره، فسلك المستأجر غير الطريق الذي ذكره وأحرم من ميقات آخر وقع عن المستأجر، ولا يلزمه ردّ شيء من الأجرة، وإن كان الميقات [١٨٥/ب] الذي أحرم منه أقرب إلى الحرم من الميقات الذي عيّنه، لأن الشرع جعل هذه المواقيت يقوم بعضها مقام بعض بالشرع من غير نقص، وإن كان بعضها أقصر من بعض. وقيل: لا أجرة له لأنه خالف.

فَرْعٌ آخرُ

قال: لو استأجر بنفقته لم تصحّ الإجارة، لأن الأجرة مجهولة، وكذلك لو كان النسك مجهولاً مثل أن يقول: استأجرتك لتحجّ عني أو تعتمر، فالإجارة باطلة، ولكن لو حجّ عنه وقع عنه بمجرد إذنه، ويستحقّ أجرة المثل، لأنه فعل ذلك على سبيل المعاوضة.

فَرْعٌ آخرُ

لو قال: أول من يحجّ عني فله مائة، فحجّ عنه رجل. قال الشافعي: استحقّ المائة، وقال المزني في «المنثور»، هذا غلط، ينبغي أن يستحقّ أجرة المثل، لأن هذه إجارة،

---

(١) انظر الأم (٢/١٠٧).

والإجارة تفتقر إلى تعيين الأجير، والأجير غير معيّن ههنا. وقال أبو إسحاق: غلط المزني في هذا. والصحيح أنه يستحق المائة، وأخطأ المزني حيث ظنّ أنه إجارة وهي جعالة، وليست بإجارة، والجعالة تفتقر إلى تعيين المجعول، ألا ترى أنه لو قال: من جاء بعبدي الآبق من البلد الفلاني فله مائة درهم، فبادر واحد، وجاء به استحقّ المائة؟ وإن لم يكن المجعول له معيناً كذلك ههنا.

فَرْعٌ آخرُ

تعيين وقت الإحرام لا يشترط في الإجارة، لأن الشرع بيّن وقته، فلو قال: استأجرتك لتحجّ عني هذه السنة على أن تحرم من أول يوم من شوال جاز ويلزمه كما لو نذر لأن فيه زيادة قربة، وعلى هذا إذا أفسده يلزمه في القضاء أن يحرم من أول يوم من شوال، ذكره القاضي الحسين.

فَرْعٌ آخرُ

لا يحتاج إلى بيان الأعمال إذا كانا عالمين [١٨٦/أ] بتفصيل أعمال الحجّ، وإن كانا جاهلين، أو أحدهما لا يجوز، لأنه مجهول.

فَرْعٌ آخرُ

لو قال: من حجّ عني أو اعتمر فله مائة درهم فحجّ عنه رجل أو اعتمر استحق المائة، لأن في الجعالة يجوز أن يكون العمل مجهولاً، نصّ عليه ذكره القاضي الطبري.

فَرْعٌ آخرُ

أي وقتٍ يجوز الاستئجار؟ وعليه فهو مبني على عقد الإجارة في غير هذا الموضع والإجارة ضربان معينة، وفي الذمة فالمعينة أن يقول: أجرتك داري هذه شهراً بعشرة من وقتي هذا، فمتى مضى شيء من المدة قبل القبض انفسخ منها بقدر ما مضى منها، وإن مضى كلها زالت الإجارة. وأما التي في الذمة، فأن يقول: استأجرتك لتخيط لي كذا وكذا، أو تحمل لي كذا وكذا، فهذه تقتضي أن يكون العمل معجلاً، فإن تأخر العمل لم يقدح في الإجارة، ويصحّ أن يسلم في المنافع أيضاً، فيقول: أسلمت إليك هذا في ظهر تحملني عليه إلى مكّة بكذا، فإذا ثبت هذا، فالإجارة المعينة في الحجّ أن يقول: استأجرتك لتحجّ عني بنفسك أو لم يقل: بنفسك، فإن قوله: لتحجّ عني يقتضي فعله دون فعل غيره، فهذه إجارة متعلقة بفعله بعينه فيجب تعجيل تسليمه في السنة الأولى، وإن شرط أن يحجّ في سنته كان تأكيداً كما لو اشترى شيئاً بعينه وجب تعجيل تسليمه، فإن شرط أن يعجل تسليمه في الحال كان تأكيداً لما تضمنه العقد، وجاز، ولا يجوز أن يشترط فيه التأجيل، وهو أن يقول: استأجرتك لتحجّ عني في السنة الثانية، كما لا يجوز شرط تأخير التسليم في بيع العين، ولا يجوز هذا العقد إلا في وقتٍ يمكن تعجيل العمل، أو يحتاج [١٨٦/ب] فيه إلى التسبب ليحصل العمل، فإن كان

ذلك بمكّة، فلا يجوز قبل أشهر الحجّ، لأنه لا يمكن فيه تحصيل العمل إذ الإحرام بالحجّ قبل أشهره لا يجوز، ولا يحتاج فيه إلى التسبب، وهو السير، وإن كان في غير مكّة من البلاد، فإن كان يحتاج فيه إلى تقديم السير على أشهر الحجّ مثل بلاد خراسان، فإنه يجوز تقديم العقد على أشهر الحجّ حسب الحاجة، ولو استأجره ليحجّ عنه ماشياً، وكان المشاة يخرجون قبلها يجوز للحاجة.

وأما عقده في أشهر الحجّ، فيجوز في كل موضع لإمكان تسليم العمل عقيبه، وهو الإحرام، وفي هذا العقد إذا لم يحجّ من سنته بطل العقد، وليس في موضع تأخير تسليم المعقود عليه يبطل العقد إلا في العقد على المنافع، لأنها يتلف بمضي الزمان.

وقال القفال: لايكون من شرطه الخروج عقيب العقد بل له أن ينتظر أيام خروج الحاج، أو يشتغل بتحصيل عدة السفر والاشتغال بأسبابه اشتغال به.

ولو أحرم عنه، ثم أفسده فقد وقع الحجّ عن الأجير، وعليه قضاؤه وفسد عقد الإجارة وعليه ردّ الأجرة على المستأجر، وإن كانت الإجارة في الذمة وهي أن يقول: استأجرتك على حجّة في ذمتك، أو لتحصل لي حجّة أو توافيني حجّة أو تسقط عني حجّة الإسلام، فإن هذه الإجارة لا تتعلق بفعله، فإن شاء حجّ بنفسه وإن شاء حجّ عنه غيره كما لو أسلم إليه في طعام في ذمته إن شاء أعطاه من طعام نفسه، وإن شاء أعطاه من طعام غيره، ويشترط فيه قبض الأجرة في المجلس لأنه سلم، وقيل: إذا أطلق فيه قولان: **أحدهما**: يبطل.

والثاني: يصحّ ويكون كالمتعين بالحلول، والشرط في انعقاده أن يكون بقي من الزمان مقدار ما يقطع فيه المسافة [١٨٧/أ] من غير مشقّة، وإن شرط فيه التأجيل ثبت وصحّ العقد، وهو أن يقول: تحصل في السنة الثانية، أو الثالثة، كما يقول: إن السلم الحال يجوز، والسلم إلى أجل يجوز، وهذا بمنزلة السلم، فعلى هذا إذا كان مطلقاً، كانت له مطالبته في السنة الأولى كما يقول في السلم المطلق أنه يقتضي تعجيل التسليم في الحال، وله مطالبته في السنة الأولى به، فإن أخّر عن السنة الأولى لم تبطل الإجارة، ولكن قال أبو إسحاق: إن كان المستأجر حياً أو كان ميتاً، ولم يكن أوصى به أن يحجّ عنه، وإنما تبرع الوارث بأن دفع إليه مالاً يحجّ عن الميت، فإن للمستأجر الوارث فسخ العقد واسترجاع الأجرة، لأن لهما غرضاً في ذلك، وهو أن ينتفعا بذلك المال ويتصرفا فيه إلى السنة الأخرى، وهذا كما قال الشافعي: إذا أسلم في الرطب، فانقطع الرطب في ذلك البلد كان بالخيار إن شاء أخّره إلى القابل، وإن شاء فسخ واسترجع رأس المال، وفيه قول آخر: ينفسخ كما قلنا في المسلم فيه إذا انقطع في قول، وإن كان الحجّ عن الميت بوصية منه لم يجز له فسخه واسترجاع الأجرة منه، لأن الأجرة لا يجوز للوصي أو الوارث التصرف فيها والانتفاع بها، بل يجب صرفها في هذه الجهة، فلم يكن لفسخ العقد واسترجاع الأجرة فائدة، ولا غيره، وقيل: يفعل ما فيه النظر للميت فإن رأى أن غيره من الأجراء أصلح له يفسخ ويستأجر غيره، فإن

قيل: إذا كانت الحجّة في الذمة لم جاز له فسخ العقد بتأخره عن السنة الأولى؟ قلنا: لأنها وإن كانت في الذمة، فإن تعجيلها في السنة الأولى واجب، فإذا أحرم لم يفسخ العقد وثبت له خيار الفسخ كما نقول في السلم في الرطب إذا انقطع على أحد القولين.

فَرْعٌ آخرُ

لو كانت المدة طويلة، فعجّل [١٨٧/ب] الحجّ جاز لأنّه لا غرض في التأخير كما لو كان عليه دين مؤجّل، فعجّله يلزمه قبوله في ظاهر المذهب.

فَرْعٌ آخرُ

لو أحرم به في السنة الأولى في هذه المسألة وأفسده فقد وقع ذلك عن الأجير، ولم يصحّ تسليمه إليه، لأن الإجارة تقتضي حجّة صحيحة فيصير في معنى ما لو أخّر تسليمها عن السنة الأولى.

وقال أصحابنا: ههنا له فسخ الإجارة واسترجاع الأجرة سواء كان الحجّ عن الحيّ أو الميت بوصية، أو تطوع من الوارث، لأن لهم فيه غرضاً صحيحاً، وذلك أن هذا الأجير يحتاج إلى القابل أن يقضي عن نفسه هذه الحجّة ثم يحجّ عن المستأجر في الثالثة، فيؤدي إلى تأخير الحجّة إلى السنة الثالثة، وإذا استرجعوا الأجرة منه استأجروا من يحجّ في العام القابل، فاستفادوا به تعجيل الحجّ.

وقال القاضي الطبري: لا نصّ فيه، ويجب أن يكون بمنزلة التأخير من غير إفساد على ما بيّناه، لأن الحجّة إذا كانت في الذمّة، فله أن يحجّ غيره عنه، فإذا كان بالقابل حجّ عن نفسه القضاء، واستأجر من يحجّ عن الميت، فبطل ما قال: هذا القابل، فإذا ثبت هذا، فلم تنفسخ الإجارة وصبر عليه، فإنه في القابل يحجّ عن نفسه قضاء عما أفسده فإن حجّ عن المستأجر كان عما عليه من القضاء، نصّ عليه.

وقال بعض أصحابنا بخراسان: فيه وجه يقع القضاء عن المحجوج عنه، ويجعل الفاسد كأن لم يكن، ولا يجب ردّ الأجرة، وهذا غريب بعيد.

فَرْعٌ آخرُ

لو استأجره رجلان ليحجّ كل واحدٍ منهما، فأحرم عنهما جميعاً في سنة واحدة انعقد الإحرام عن نفسه، لأن الجمع بين إحرامي في الحجّ لا يجوز دفعة واحدة، فلم يجز أن ينعقد بهما، فانعقد بأحدهما، وليس أحدهما بأولى من الآخر، فكان الأولى أن ينعقد عن الأجير، وكذلك لو أحرم الولد للأبوين انعقد عن نفسه [١٨٨/أ].

وقال أبو حنيفة وأصحابه: إذا أحرم عن أبويه صحّ، وكان له أن يجعله عن أيّهما شاء استحساناً، واحتجّ بأن المقصود بذلك جهة واحدة، وهي جهة الثواب والجهالة لا تؤثر في حقّ الله تعالى، وهذا غلط، لأنه قصَد الإحرام الواحد عن اثنين، فأشبه إذا أحرم عن أجنبيين. فأمّا ما قالوه، فلا يصحّ، لأن الحجّ يقع عن الأب كما يقع عن الأجنبي والقصد من الكلّ الثواب، وحصول القربة، فلا فرق. وهذا لو استأجره رجل

واحد يصحّ، فأحرم الأجير عنه وعن نفسه، انعقد إحرامه دون المتأجر.

فَرْعٌ آخرُ

لو أمره بالحجّ عنهما، فأحرم عن أحدهما لا يعينه، انعقد إحرامه عن نفسه دون المستأجر، وكان له صرفه إلى أيّهما شاء قبل أن يتلبس بشيء من أفعال الحجّ.

وبه قال أبو حنيفة ومحمد، وقال أبو يوسف: يقع عن نفسه، وهذا غلط قياساً على ما أطلق للإحرام عن نفسه، ثم عيّنه بالحجّ أو بالعمرة يجوز.

مَسْأَلَةٌ: قالَ[1]: فإن أفسد حجّه أفسد إجارته.

الفَصْلُ

إذا استأجره ليحجّ عنه، فأحرم عنه، وأفسده يتعلق بالإفساد أربعة أحكام:

أحدها: أن الحجّ ينقلب إلى الأجير.

والثاني: يلزمه فيه عن نفسه.

والثالث: يلزمه القضاء عن نفسه.

والرابع: يلزمه بدنه لأجل الإفساد.

وقال المزني: لا يجب قضاؤه على الأجير ويمضي في حجّه على الفساد عن المستأجر، لأنّ الحجّ عن المحجوج عنه، وهو لم يفسده، فكيف يجب قضاؤه عليه.

وأمّا الأجير، فليس الحجّ عنه، فلا يقضيه أيضاً، وهذا غلط لأن الحجّ عن الغير إنما يجوز بالإذن، وهو استأجر ولم يحجّ عنه حجّة شرعية سليمة من الفساد، فإذا أفسدها خرج الحجّ عن أن يكون مأذوناً فيه، فلم يقع عنه وينصرف إليه، لأنه لو أحرم بهذه الحجّة عن نفسه ابتداء صحّ، فإذا أحرم به عن الغير، [١٨٨/ب] ولم يقع عن ذلك الغير، انصرف إليه كما لو وكّله بأن يشتري عبداً، فاشترى جارية، فالشراء ينصرف كذلك ههنا. وقال الشافعي ههنا: أفسد إجارته، وأراد إذا كانت الأجارة معينة على ما ذكرنا.

مَسْأَلَةٌ: قالَ[2]: ولو لم يفسد، فمات قبل أن يتمّ الحجّ، فله بقدر عمله.

الفَصْلُ

إذا استأجر رجلاً ليحجّ عنه، ثم مات الأجير لم يخلُ من ثلاثة أحوال: إما أن يموت قبل الإحرام، أو بعد الفراغ من أركان الحجّ كلها، أو بعدما أتى ببعض الأركان، وبقي البعض، فإن مات قبل الإحرام مثل إن بلغ إلى أقرب الميقات، ولم يحرم بالحجّ، ثم مات، فلا يختلف قول الشافعي إنه لا يستحق من الأجرة شيئاً، لأن السفر تسبب إلى الحجّ والأجرة مقابل أعمال الحجّ دون التسبب.

وحكى الماسرجسي عن ابن أبي هريرة أنه قال: لمّا وقع من القرامطة ما وقع

---

(١) انظر الأم (٢/ ١٠٥).

(٢) انظر الأم (٢/ ١٠٥).

اجتمعت أنا والمحاملي والإصطخري، واتفقنا على أن نفتي أن كل من كان حاجّاً عن الغير لا يستحق الأجرة، إلّا أنه يرضخ له بشيء. هكذا حكاه القاضي الطبري، وذكر الشيخ أبو حامد: أنهم أفتوا بأن له الأجرة بقدر ما قطع من المسافة، وهذا يخرج على ما ذكره الشافعي في «الإملاء» إذا أحرم بالعمرة عن نفسه، ثم أحرم بالحجّ عن المستأجر من مكّة أنه يلزمه أن يردّ من الأجرة بقدر المسافة، وما ترك من الإحرام، فيكون في المسألة قولان:

أحدهما: ما ذكرنا، وهو الصحيح.

والثاني: يستحق بقدر، فتسقط الأجرة عليها. ثم في مسألة «الإملاء» من أصحابنا من يعتبر الفراسخ ويقتصر عليه. ومنهم من يعتبر مع الفراسخ سهولة الطريق وحزونتها، فربما يجعل أجرة فرسخ خمسة دراهم، وأجرة فرسخ درهماً، وهذا أصحّ، وإن مات بعد الفراغ من الأركان [١٨٩/أ]، وبقي الرمي والمبيت، فإن ورثته يريقون دماً عمّا تركه، وهل يردون بقدر ذلك من الأجرة؟ على اختلاف أصحابنا في تخريجه قولين، أو قول واحد على ما بيّناه في مجاوزة الموضع الذي عيّنه للإحرام، وإن مات في خلال الأركان مثل إن أتى بالإحرام والوقوف، وبقي عليه الطواف والسعي، فهل يستحقّ الأجرة؟ نص في «الإملاء» على قولين:

أحدهما: يستحق بقدر، وهو الصحيح.

ونقله المزني إلى «المختصر»، لأنه أوفاه بعض المقصود بعقد الإجارة، فأشبه من قال: من ردّ أبقى مكة كذا، فردّه في بعض الطريق، ثم انفلت لا يستحق الأجرة، لأن المقصود لم يحصل كذلك ههنا. ومن قال بالأول أجاب عن هذا بأن في مسألة الآبق لم يحصل شيء من المقصود، وههنا حصل، لأن في أحد القولين، يبني الغير عليه.

وفي **القول الثاني**: يحصل الثواب له في قدر ما فعل، فإذا قلنا بالمذهب الأول، قال أبو إسحاق: فيه قولان:

أحدهما: يسقط على العمل والمسير، وإن كان لو انفرد المسير لم يسقط عليه، لأن ههنا تابع للأفعال، ويجوز أن يتناول العقد شيئاً على وجه البيع، ولا ينفرد به كأساس الحيطان وطي الآبار، يصحّ بيعهما مع الدار تبعاً، ولا يفردان بالبيع.

والثاني: يسقط على الأعمال، فيقال: كم تسوي الحجّة من الميقات؟ فيقال: مائة، ثم يقال: وكم قدر ما عمله من الحجّ؟ فيقال: نصفه، فتجب نصف الأجرة، وهذا لأنه لو قابله عوض لكان له عوض بانفراده والمقصود الأعمال لا غير.

وذكر القفال: أن الأول هو المنصوص. والثاني، قول مخرج. وقال ابن سريج: ليست على قولين، بل هما على اختلاف حالين، فإن قال: استأجرتك لتحجّ عني فالتوزيع من يوم الإحرام. وإن قال: لتخرج حاجاً عني، فمن يوم [١٨٩/ب] الخروج هذا في مقدار ما يستحقّه من الأجرة. وأمّا في جواز الثناء في الحجّ على فعل الغير قولان:

أحدهما: يجوز للمحلّ أن يبني عليه ذكره في «القديم»، لأن فعل الحجّ يجوز من اثنين، ألا ترى أن الولي إذا أحرم عن الصغير، ثم صار الصبيّ مميزاً في وقت الحجّ، وأمكنه الطواف بالوقوف والرمي بنفسه لزمه أن يتولى ذلك بنفسه؟ فيكون الإحرام من الولي وسائر الأعمال من الصبيّ.

وقال في «الجديد»: لا يجوز، وهو الصحيح، لأنه عبادة على البدن، فلا يجوز للغير أن يبني فيها على فعل الغير كالصوم والصلاة، ولأنه لو جاز هذا، جاز أن يستأجر في الابتداء اثنين يفعلان الحجّ عنه، فإن قيل: أليس لو وضّاه نفسان أو توضّأ بعض الوضوء، ثم أكمله غيره يجوز؟ قلنا: هذا لا يكون بناء على فعل الغير، لأنه هو المتطهر دون الموضىء، وإنّما هو معين له عليه، فلم يكن ذلك بناء وليس كذلك الأجير، فإنه إذا أحرم عن غيره، فهو المحرم، فإذا جاء حلال ليبني عليه احتاج إلى إحرام مستأنف، فيصير محرماً به، فيكون قد بنى فعل غيره، فإذا قلنا بقوله الجديد نظر في الإجارة، فإن كانت معينه بفعله بطلت الإجارة وردّ الأجرة على ما ذكرنا، وإن كانت في الذمّة، فإن كان وقت الحجّ باقياً كأن مات قبل فوات وقت الوقوف استأجر ورثته من يحجّ في هذه السنة عن المستأجر، فإن أحرم هذا الثاني من حيث بلغ المورث وجب الدم لترك الميقات، وهل يردّ من الأجرة بقدره؟ قد بيّنا، وإن رجع إلى الميقات سقط الدم، وإن كان قد فات وقت الوقوف، فإن الحجّ يتأخّر إلى السنة الثانية، فإن اختار المستأجر فسخ الإجارة لتأخرها عنه جاز. وإن اختار إقرارها استأجر عنه في السنة الثانية من يحجّ من مال المورث [١٩٠/أ] جاز، وهذا إذا كان الحجّ عن حيّ، فإن كان الحجّ عن ميت لا يجوز للوصي أن يفسخ الإجارة على ما بيّنا.

وإذا قلنا بقوله القديم، فإن كانت الإجارة معينة بطلت الإجارة، فإن كان قبل فوات الوقوف يستأجر الآمر من يحرم عنه، ويبني على ما مضى من أعماله، وهذا الثاني يحرم مكانه، ويقف، ولا يجب الدم بترك الميقات، لأنه بنى على إحرام أتى به من الميقات، وسقوط الدم ههنا هو الفرق من القولين، فإن في القول الأول، يجب الدم على ما ذكرنا، وإن مات بعد الوقوف، فالمستأجر يستأجر من يكمل الحجّ على ما يأتي بيانه، وإن كانت الإجارة في الذمّة، فإن ورثة الأجير يتمّون النسك، فإن كان مات قبل الوقوف استأجروا من يحرم، ويقف ويتمّ الحجّ، أو يفعله الوارث بنفسه، وإن كان بعد الوقوف، فكذلك إن كان وقت الوقوف باقياً، إلا أنه يحرم عنه بالحجّ، ولا يقف ويأتي بالباقي.

وقال أبو إسحاق: يحرم الثاني بالعمرة، ويأتي بالطواف والسعي، ولا يأتي بالرمي، لأنه ليس في العمرة رمي ويريق عن الرمي والمبيت دماً، لأن الدّم ينوبُ عنهما، وهذا لأنه لا يجوز الإحرام بالحجّ قبل أشهره. وقال الشيخ أبو حامد: والوجه الأول الذي ذكره أصحابنا ضعيف من هذا الوجه، وهو أن إحرام الحجّ لا يجوز في غير أشهره. وما قاله أبو إسحاق أفسد، لأنه يأتي بطواف العمرة، ويقع عن الحجّ.

وقال سائر أصحابنا: الصحيح الوجه الأول، وهذا الإحرام مبني على إحرام ابتدىء في أشهر الحجّ، وإنما لا يجوز ابتداء الإحرام في غير أشهر الحجّ، ولأن هذا الإحرام تابع للأفعال، وهذه الأفعال الباقية تجوز في غير أشهر الحجّ، وما قاله أبو إسحاق لا يصحّ لما ذكره ومن وجه آخر، أنه لو صحّ ما قاله لوجب إذا أحرم الثاني بالحجّ [١٩٠/أ] عند بقاء وقت الوقوف، وكان الأجير الأول، قد وقف أن يلزمه الوقوف، لأن الإحرام بالحجّ يوجب بذلك، ولا يقول هذا قليل. وقال بعض أصحابنا بخراسان: نصّ الشافعي على أن البناء على الحجّ جائز حتى لو وقف الأجير، ثم مات استؤجر عنه من يحرم إحراماً ناقصاً، ولا يحرم عليه في إحرامه إلا النساء، فيطوف بالبيت، ويتمّ الحجّ. وهذا قول غريب خلاف ما ذكر أبو إسحاق. وقيل: جملة ما ذكرناه ثلاثة أقوال:

أحدها: الوارث يبني على فعل الأجير، ويستحقّ تمام الأجرة.

والثاني: لا يبني ولا يستحقّ شيئاً من الأجرة.

والثالث: لا يبني ويستحق بقدر ما فعله الأجرة، وهكذا القولان، فيمن حجّ عن نفسه، ومات في خلاله هل يبني عليه أم لا؟ ولا يختصّ ذلك بموت الأجير.

فَرْعٌ(١)

لو استأجره للحجّ فأحصر بعد وفاته يتحلل، ولا قضاء عليه كالمستأجر لو كان أحرم فأحصر.

فَرْعٌ آخرُ

هل يستحقّ من الأجرة بقدر ما أتى به إلى وقت الإحصار؟ قولان، كما لو مات.

فَرْعٌ آخرُ(٢)

لو لم يتحلّل حتى فاته الحجّ، ثم دخل مكّة فطاف وسعى وحلق، فما فعله بعد الفوات لا أجرة له لأنه للتحلّل لا عن المحجوج عنه، وفيما فعله قبل ذلك إلى أن أحصر هل يستحق الأجرة؟ على ما مضى من القولين.

فَرْعٌ آخرُ

لو فاته الحجّ بخطأ العدد يلزمه دم الفوات، والقضاء عند الفوات. وقال أبو حامد: يجيء على قياس ما ذكرنا في الأجير إذا أفسد الحجّ أن لا يستحقّ الأجير ههنا شيئاً من الأجرة، لأن القضاء يلزمه كما في الإفساد. وقال القاضي الطبري: نصّ على هذا في «المناسك الكبير». ويفارق إذا أحصر يستحقّ الأجرة إلى أن أحصر، لأن الحبس من جهة غيره والفوات [١٩١/أ] حصل بمعنى من جهته فافترقا.

---

(١) انظر الأم (٢/١٠٧).

(٢) انظر الأم (٢/١٠٧).

فَرْعٌ آخرُ

قال أبوحامد: قال في «الأم»: إذا أحصر الأجير بعد الإحرام يتحلّل على ما ذكرنا وما أتى به عن المستأجر، ويفارق الإفساد، لأنه أتى فيه بما يوجب القضاء، فوقع عليه بخلاف ذاك، فعلى هذا ينبغي أن يكون دم الإحصار على المستأجر. وقال القاضي الطبري: يقع عن الأجير المحصر، والدم عليه وهو الأقيس المشهور، وهل يكون له الأجرة إلى أن أحصر: على ما ذكرنا.

الفَصْلُ

قال الشافعي في «المناسك الكبير»(١): لو استأجره على أن يتمتع عنه، فأفرد أجزأت الحجّة عنه، وقد زاده خيراً، بأن أحرم بالحجّ من الميقات، فإن التمتع يحرم بالحجّ من جوف مكّة، وجملة هذا أنه إذا عيّن له الإحرام بنسك، فأحرم بغيره، فهو على أربعة أقسام: **أحدها**: أن يعين الحجّ فيحرم بغيره.

والثاني: أن يعين العمرة، فيحرم بغيرها.

والثالث: أن يعيّن القران فيحرم بغيره.

والرابع: أن يعيّن التمتع فيحرم بغيره. فأما لأول، وهو إذا عيّن الحجّ، فأحرم بغيره ففيه ثلاثة أقسام:

أحدها: أن يحرم بعمرة.

والثاني: أن يحرم بالقران.

والثالث: أن يحرم بالتمتع، فإن اعتمر فهذه العمرة لا تسقط ما لزمه من الحجّ، ثم لا يخلو حال المحجوج عنه، إما أن يكون حيّاً، أو ميتاً، فإن كان حيّاً كانت العمرة عن الأجير، لأنه لم يأذن، وإن كان ميتاً، فإن كانت عمرة الإسلام واجبة عليه، كانت واقعة عن الميت، لأن الأجير نواها عنه، ويجوز ذلك من غير إذن، والأجرة له، وعليه أن يحجّ عنه بعقد الإجارة، وإن كانت عمرة الإسلام غير واجبة عليه، فيه قولان بناء على القولين في جواز النيابة في حجّ التطوع، فإن قلنا: لا يجوز يقع عن الأجير. وإن قلنا: يجوز يقع عن الميت دون الأجير، وهو مقطوع لا أجرة له [١٩١/ب].

والثاني، من القسم أن يقرن. قال في «المناسك الكبير»(٢): جاز واستحق الأجرة المسماة. وقد زاد عمرته على المستأجر دم القران، وهو كرجل استؤجر على أن يعمل عملاً فعمله وزاد آخر معه، ولا شيء له في زيادة العمرة، لأنه متطوع بها.

قال أصحابنا: تأويل هذه المسألة، أن المحجوج عنه ميت والعمرة واجبة عليه، فيجوز لكل أحدٍ أن يعتمر عنه، وإن لم يأذن الوارث فيقع كلاهما عنه، ويستحق الأجرة المسماة، ويجب دم القران في مال الأجير، لأنه تطوع به، ولو كان هذا عن حي يقع

---

(١) انظر الأم (٢/١٠٧).

(٢) انظر الأم (٢/١٠٧).

عن الأجير، لأنه لم يأذن في العمرة، فوقعت عن الأجير، وإذا وقعت عن الأجير كان الحجّ تبعاً لها، فتقع عن الأجير أيضاً، لأنه لا يتبعض، ولو كان عن ميت، ولم تكن العمرة واجبة عليه، فهو على ما ذكرنا من القولين في جواز التطوع به عن الميت، **أحدهما**: يكونان عن الميت.

والثاني: كلاهما عن الأجير لما ذكرنا أن العمرة لم تصحّ عن الميت، فيقع عن الأجير والحجّ يتبعها أيضاً.

وقال بعض أصحابنا: تأويل المسألة أنه استأجره الحي ليحجّ عنه، وكان في كلامه الإذن بالقران مثل أن يقول: أقرن عني بمائة دينار، فقال: لا. فقال: الحجّ بمائة دينار فرضي به، فإذا أقرن عنه كان بإذنه ورضاه، فيجوز الحجّ والعمرة عنه، قال هذا القائل: والدم على المستأجر، وإن لم يكن في كلامه ما يدلّ على هذا الإذن، فحكمه ما ذكرنا. وهذا التأويل أصحّ، لأنه إذا كان المحجوج عنه ميتاً، والعمرة واجبة عليه يكون الدم على الأجير على ما ذكرنا، وقد نصّ أن الدم على المستأجر.

ومن أصحابنا من قال: تأويل المسألة في الحيّ، وإن لم يوجد منه ما يدلّ على الإذن، لأنه لا يجوز أن يعتمر عن الحيّ من غير أشهره عمرة مفردة، فأما إذا أقرن بالحجّ المأذون عمرة تقع العمرة عنه [١٩٢/أ] كالنسك الواحد. وهذا أيضاً غير صحيح، لأنه يفيد وجوب الدم على الأجير، وقد نصّ على وجوب الدم على المستأجر، فخرج من هذه الجملة أنه إذا كان المحجوج عنه ميتاً وقعا معاً عن المستأجر والدم على الأجير، وإن كان حياً وجرى في كلامه ما يدلّ على الإذن فيه وقعا معاً عنه، والدم عليه كما لو صرّح به، وإن كان حياً، وليس في كلامه ما يدلّ على الإذن، فعلى وجهين:

أحدهما: النسكان عن الأجير، ولا شيء له.

والثاني: النسكان عن المستأجر، والدم على الأجير، وذكر الشيخ أبو الحسن المحاملي رحمه الله: إذا وجد منه ما يدلّ على الإذن به يجوز عن المستأجر كلاهما، ولكن الدم على الأجير، لأن المستأجر لم يأذن في إحرام يتضمّن الدم، وهو غلط بخلاف النصّ، ولأنه إذا لم يؤذن وجب أن لا يقع عنه.

وقال بعض أصحابنا بخراسان: إذا لم يوجد منه دلالة للإذن، فالعمرة عن الأجير. وفي الحجّ قولان: وهذا أيضاً غلط، وقيل: أصل الوجهين مما قال الشافعي في الوكالة: إذا دفع إليه ألفاً ليشتري له به عبداً، فاشترى عبدين يصحّ العقد فيهما للعقد، وزاده خيراً في أحد القولين.

والثالث، من القسم أن يتمتع، فالكلام في العمرة على ما مضى في القسم الأول، لأنها مفردة، والحجّ واقع عن الأمر حياً كان أو ميتاً لإفراده لأنه استؤجر ليحرم به من الميقات، فأحرم به من مكّة فعليه دم لمجاوزة الميقات وهل يردّه من الأجرة بقسط ذلك؟ وجهان، ولا دم على الأجير في تمتعه لأن دم التمتع إنما يجب إذا وقع النسكان

معاً عن شخصٍ واحدٍ وههنا وقعا عن شخصين إلا أن يقع عن المحجوج عنه العمرة أيضاً، لكونه ميتاً، فيجب دم التمتع على الأجير، فيكون عليه دمان: دم المتعة ودم مجاوزة الميقات [١٩٢/ب].

ومن أصحابنا من قال: إن كان في كلامه ما يدلّ على الإذن به، فقال: أفرد فإن تمتعت فقد أحسنت. وقع النسكان عنه، وإن لم يكن في كلامه ذلك فعلى ما ذكرنا. وأما القسم الثاني من الأصل أن يأذن له بالإحرام بعمرة، فأحرم بغيرها فيه ثلاثة أقسام:

أحدها: يحرم بحجّ.

والثاني: يقرن عنه.

والثالث: أن يتمتع عنه، فأما الأول، فإن كان عن حيّ يقع عن الأجير، وإن كان عن ميت فحكمه على ما مضى من اعتبار حال الميت في بقاء فرض الحجّ عليه أو سقوطه عنه.

وأمّا الثاني، فحكمه كما لو استؤجر بحجّة مفردة فأحرم قارناً على ما ذكرنا، فإن قيل: العمرة لا تفوت فيمكنه أن يعتمر بعد حجه. قلنا: عيّن له الزمان، وقد فات ذلك الزمان فبطلت الإجارة، فإذا فعل ذلك لا يستحق الأجرة، نصّ عليه في «المناسك الكبير»[1]، وقال: ردّ الأجرة، ومعناه هذا وقيل معناه لا أجرة له بما فعل، ولم يتعرض لحكمٍ آخر لو اعتمر بعده.

وأمّا الثالث، فإذا تمتع، فالعمرة عن الآمر حيّاً وميتاً لانفرادها وله الأجرة، والحجّ يختلف بين أن يكون حيّاً أو ميتاً، وبين أن يكون عليه فرضه أو لا، وبين أن يوجد ما يدلّ على الإذن أو لاً، فإن أوقفنا الحجّ عن الأجير لم يجب دم التمتع، وإن أوقعنا عن الميت يلزمه دم التمتع لوقوعهما عن شخصٍ واحد.

وأمّا القسم الثالث من الأصل أن يعيّن له القران، فأحرم بغيره ففيه ثلاثة أقسام:

أحدها: أن يحرم بحجّة مفردة، فيقع الحجّ عن الآمر، وبقي الثاني، وهو العمرة فبعث غيره ليعتمر عنه، وإن كانت العمرة واجبةٌ عليه ورجع عليه يخصة العمرة من الإجارة، فإن اعتمر هذا الأجير عنه بعد ذلك يجوز عن الآمر، وزاده من وجه بإفراد كل واحدٍ منهما [١٩٣/أ] ونقصه من وجه وهو أنه أحرم بالعمرة من أدنى الحل دون الميقات فيلزمه الدم، وهل يرد من الأجرة بقدر ما ترك من عمل العمرة وهو ما بين الميقاتين؟ على قولين. وإن عاد إلى الميقات وأحرم بها فلا دم عليه واستحق كل الأجرة؛ لأنه أتى بالنسكين من الميقات مع زيادة العمل في الإفراد. ومن أصحابنا من قال: يلزمه أن يرد من الأجرة بقسط العمرة بكل حالٍ؛ لأنه عين له وقت العمرة، بأن يأتي بها في أشهر الحج وقد فات ذلك الوقت، وهو ظاهر ما قال في «المناسك الكبير».

---

(١) انظر الأم (٢/١٠٧).

والثاني: أن يحرم بعمرة مفردة فيقع عن الأمر، ثم بأن لم يأت بالحج فرداً يلزمه رد ما قابله من الأجرة، وإن أتى به سقط النسكان ثم يعتبر موضع إحرامه بالحج على ما ذكرنا وذلك على قولين ويلزم دم آخر لتمتعه. فإن قيل: فدم المتعة وجب لترك الإحرام بالحج من الميقات فمعنى وجوبها مختلف؛ لأن أحدهما وجب بالعقد والثاني بالشرع، فإذا ثبت وجوب الدمين فدم وجوب المجاوزة واجب على الأجير. وأما دم المتعة قال أكثر أصحابنا: يلزم المستأجر بدلاً من دم القران؛ لأنه أذن له في نسكين موجبهما دم وقد فعل، فهو كما لو قرن. وقال بعض أصحابنا: فيه وجهان؛ أحدهما: هذا. والثاني: لزم الأجير لأنه لم يأذن في التمتع فلا يلزمه موجبه. ذكره في «الحاوي»[1]. ولو عاد إلى الميقات وأحرم منه بالحج فلا دم على أحد؛ لأن دم التمتع كتركه الإحرام بالحج من الميقات ولم يترك.

وأما القسم الرابع من الأصل: أن يأمره بالتمتع فأحرم بغير ففيه ثلاث أقسام:

أحدهما: أن يحرم بحجة مفردة على ما ذكرنا عن الآمر، وبقى النسك الثاني فإن أتى به سقط عنه أيضاً ثم ينظر فإن أحرم به من الميقات فقد أكمل وإن أحرم به من أدنى [١٩٣/ب] الحل فقد كان يلزمه بالإجارة أن يحرم به من الميقات فترك، وكان يجوز له أن يحرم من جوف مكة فأحرم به من الميقات فتطوع بالزيادة فيلزمه دم العمرة وهل يرد بقسطه من الأجرة؟ على ما مضى. وإن لم يأت بالعمرة يرد بقسطها من الأجرة فيسقط الأجرة على الحج، والعمرة على الحج الذي أتى به، فيقال: عمرة من الميقات وحجة من نسكه بكم؟ فيقال: بمائة، ويقال: حجة بمكة بكم؟ فيقال: بخمسين فيستحق نصف الأجرة ولا تسقط الأجرة على حجة من الميقات لأنه متطوع بزيادة الإحرام من الميقات بالحج إلى مكة فلا تستحق لأجله الأجرة. فإن قيل: أفيلزمه أن يحرم بالعمرة؟ قيل: يلزمه ذلك لأنه استؤجر على عملين فعمل أحدهما، إلا أنه كان عن ميت فلا خيار لمستأجره، وإن كان عن حي كان مستأجره بالخيار على ما سبق نظيره.

والثاني: أن يأمره بالتمتع فأحرم بعمرة مفردة فالعمرة عن الآمر وبقي الآخر، فإن أتى أو لم يأت كان على ما مضى.

والثالث: أن يستأجره ليتمتع فقرن فيقع كلاهما عن الآمر ولكن يلزمه دم لأجل ما ترك من العمل في إفرادهما ولو أنه طاف لهما طوافين وسعى سعيين لا يسقط الدم عنه أيضاً؛ لأنه قد كان يجزئه أحدهما فصار متطوعاً بالثاني، على أنه قد ترفه بسقوط أحد الإحرامين فكان عليه أن يجبر ذلك بدم، وهل يرد من الأجرة بقسطه؟ على الخلاف وعليه دم القران، فيجب بقرانه دمان:

أحدهما: بترك العمل في إفرادهما، وهو واجب على الأجير.

---

(١) انظر الحاوي للماوردي (٤/ ٢٦٨).

والثاني: بالقران وفيه وجهان:

أحدهما: على الآمر بدلاً من دم التمتع على ما ذكرنا.

والثاني: يلزم الأجير لتركه ما أذن فيه وتطوع بفعل ما لم [١٩٤/أ] و يؤذن فيه. ذكره في «الحاوي»(١).

وسائر أصحابنا ذكروا قولاً واحداً إنه يسقط عنه فرضهما، ويستحقّ جميع الأجرة ويلزم دم القران في مال المستأجر، لأنه زاده خيراً من وجه، وهو أنه أحرم بالحجّ من الميقات ونقصه من وجه ولم يؤثر ذلك في إسقاط فرض النسكين عنه. وقد رضي هو بإسقاط النسكين على وجه يقتضي وجوب الدم، ودم القران متعلق بالإحرام كدم التمتع سواء. نصّ عليه في «المناسك الكبير»(٢)، وقال: لا يلزمه أن يردّ شيئاً من الأجرة لما خفّ عنه من العمل بتداخل النسكين، لأن الشرع جوّز ذلك القدر من العمل على العبادتين معاً.

وقال أبو حنيفة: إذا أمره بالمأمور وزاد أن يحجّ عن ميت أو يعتمر، فقرن يضمن الذي أخذه، لأنه فعل ما لم يؤمر، وهذا لا يصحّ لما ذكرنا أنه أتى بالمأمور وزاد.

فَرْعٌ

لو استأجر رجلاً ليحجّ عنه، فأحرم بالعمرة عن نفسه، وبالحجّ عن المستأجر نصّ في «المناسك الكبير»(٣): أن كليهما عن الأجير، وقد ذكرنا من قبل.

وقال أبو حامد: أشار الشافعي في «القديم» إلى أنهما يقعان على ما نوى العمرة عنه، والحجّ عن المستأجر. قال القفال: وعلى هذا يجوز أن يحرم عن زيد بالحجّ وعن عمرو بالعمرة في أحد القولين. ومن أصحابنا من قال: يقعان عن الآمر، لأن العمرة تبع الحجّ، والصحيح الأول، لأن الإحرام واحد، فلا يجوز أن يقع عن اثنين، ولا يتبع الحجّ، لأنه يؤدي إلى أن ينوي نسكاً عن نفسه، ثم يقع عن غيره. وهذا محال.

فَرْعٌ آخرُ

لو كانت عليه حجّة الإسلام، وحجّة منذورة، فاستأجر من يحجّ عنه وأمره أن ينوي الحجّة المنذورة، فنواها وقعت عن حجة الإسلام، لأنه لو أحرم عن نفسه [١٩٤/ب] بالمنذورة وقعت عن حجّة الإسلام كذلك النائب عنه.

فَرْعٌ آخرُ

الإجارة على زيارة قبر الرسول ﷺ لا يجوز، لأنه عمل غير مضبوط بوصف ولا مقدر بشرع. وأمّا الجعالة على زيارة قبر الرسول ﷺ وقعت بالجعالة على نفس الوقوف

(١) انظر الحاوي للماوردي (٤/٢٦٨).
(٢) انظر الأم (٢/١٠٦).
(٣) انظر الأم (٢/١٠٧).

هناك عند القبر ومشاهدته لا تجوز، لأنه لا يجوز فيه النيابة عن الغير، وإن وقعت الجعالة على الدعاء عند زيارة قبره تجوز، لأن الجهل بالدعاء لا يبطله، والدعاء مما تصحّ فيه النيابة لقوله ﷺ: «إذا مات ابن آدم انقطع عمله إلا من ثلاث»، وذكر منها: «ولد صالح يدعو له».

فَرْعٌ آخرُ

لو كانت عليه حجّة الإسلام وحجّة النذر فاستأجر رجلين في عام واحدٍ، وأحرما عنه في حالة واحدة من غير أن يسبق أحدهما الآخر يحتمل وجهين: **أحدهما**: أن يعتبر أسبقهما إجارة، وإذناً فينعقد إحرامه بحجّة الإسلام، وما بعده بالنذر.

والثاني: يحتسب الله له بأحدهما عن حجّة الإسلام لا بعينها والأخرى عن حجّة النذر.

فَرْعٌ آخرُ

إذا وجب عليه الحجّ، فمات قد ذكرنا أنه يلزم أداء الحجّ عنه من الميقات، وقد نصّ على هذا في «المناسك الكبير»[1]، وصرّح أنه لا يلزمه أن يستأجر رجلاً من بلده ونصّ في كتاب الوصايا أنه يحجّ عنه من بلده، ونصّ في «الأم» ما يدلّ على هذا فحصل قولان:

أحدهما: يجب من الميقات، لأن ما قبله نسب إلى الإحرام من الميقات، فإن الحيّ لا يمكنه أن يحرم من الميقات حتى يسير من بلده، فإذا مات سقط ذلك، وهو الصحيح.

والثاني: يستأجر من بلده من رأس المال، لأن الذي وجب عليه أن يسير من بلده ويحرم من الميقات، [١٩٥/أ] فإذا مات وجب أن يفعل عنه على الحدّ الذي وجب عليه في حياته. وقال ابن المرزبان: فيه وجهان، ولا معنى للوجهين على ما ذكرنا.

مَسْأَلَةٌ: قالَ[2]: ولا يحرم عن رجل إلا من قد حجّ مرة وقد ذكرنا هذه المسألة.

فَرْعٌ

ذكره والدي رحمه الله إذا أذن المعصوب للآخر بالإحرام عنه يوم الجمعة، فأحرم عنه يوم الخميس جاز قياساً على ما قال الشافعي، لو عيّن مكاناً للأجير ليحرم عنه فيه، فأحرم قبله جاز، وقد زاده خيراً. ويحتمل أن يقال: لا يجوز، لأن الميقات الشرعي من جهة الزمان يجوز تقديم الإحرام عليه كالإحرام بالحجّ قبل أشهره فالميقات الذي عيّنه الآمر مثله، وهذا أصحّ الفعل بين الزمان والمكان.

فَرْعٌ آخرُ

وقال أيضاً: لو أحرم إحراماً موقوفاً في أشهر الحجّ، وكان حجّ حجّة الإسلام

---

(١) انظر الأم (٢/١٠٦).

(٢) انظر الأم (٢/١٠٥).

وعمرة الإسلام، فمات قبل التعيين وترك مالاً وكان الموت بعد أشهر الحجّ، ولم يعمل أعمال واحدٍ منهما، فالوارث ما الذي يقضي الحج أم العمرة أم القران؟ فإن الميت كان شرع في الإحرام، وأمكنه الأداء، ولم يؤده حتى مات يحتمل وجهين:

أحدهما: يقوم الوارث مقامه في التعيين كما يقوم مقامه في جميع أموره، فإن عيّنه في الحجّ لزمه قضاء الحجّ، وإن عينه في العمرة لزمه قضاء العمرة. وهل يبني الوارث على إحرام المورث أم يحتاج إلى إحرام جديد؟ قولان، والأصحّ أنه يلزمه تحديد الإحرام.

والثاني: لا يقوم مقامه في التعيين بل يكون عليه القران عنه للاحتياط في إسقاط الفرض وأصل هذا إذا طلّق إحدى امرأتيه لا يعينها، [١٩٥/ب] فمات قبل التعيين، هل يقوم الوارث مقامه في التعيين؟ قولان.

مَسْأَلَةٌ: قالَ[(١)]: ولو أوصى أن يحجّ عنه وارث لم يسمّ شيئاً أحجّ عنه بأقل ما يوجد أحد يحجّ به.

الْفَصْلُ

إذا أوصى أن يحجّ عنه، وأطلق ولم يعيّن من يحجّ عنه ولا الأجرة، فإنه يستأجر من يحجّ عنه من الميقات بأقل ما يوجد من الحجّ عنه إذا كان ثقة أميناً، لأن الواجب هو أقل ما يمكن كما لو قال: أعتقوا عني عبداً كان الواجب أن يعتق عنه ما يقع عليه اسم العبد بأقل ما يوجد من الثمن، ولا فرق بين أن يحجّ عنه وارث أو أجنبي، لأنه يحجّ بعوض لا مسامحة فيه، فكان الوارث والأجنبي في ذلك سواء كما إذا باع في مرضه شيئاً بثمن مثله جاز البيع سواء كان من الوارث، أو من الأجنبي، وكذلك إذا أوصى بأن يباع من وارثه بثمن مثله صحّ، وقال الماسرجسي: الأولى أن يستأجر الوارث، لأنه أشفق على مورثه وأحوط على تأدية فرضه، ولو أوصى بأن يحجّ عنه رجل بعينه، ولم يسمّ له أجرة.

قال الشافعي: يحجّ عنه بأقل ما يوجد أحد يحجّ به. وقال بعده: ولو أوصى لرجل بمائة دينار يحجّ بها عنه، فما زاد على أجر مثله، فهو وصية، فجعل ما زاد على أجرة مثله وصية، ولم يقل: ما زاد على أقل ما يوجد. واختلف أصحابنا، فمنهم من قال: يعطى أجرة المثل من المسألتين جميعاً، وقول الشافعي: أحجّ عنه بأقلّ ما يوجد أحد يحجّ به، يريد من كان في مثل حاله ودينه وأمانته وعلمه، فلو كان المعيّن أفقه من غيره، فطلب مائة وغيره يحجّ بأقلّ أعطى المائة، لأن العالم أحسن قياماً بها ممن يجهلها في المسألة الأولى لو كان المعين أفقه، فطلب ألفين، وغيره يحجّ بألف أعطى الألفين. وهذا اختيار القاضي الطبري، [١٩٦/أ] وهو الأقيس، ومنهم من فرق بين المسألتين، فقال في المسألة الأولى: وكل الأجرة إلى الوصي، فلم يجز أن يدفع إلا لأقل الذي يحجّ به.

---

(١) انظر الأم (٢/١٠٦).

وفي الثانية: قطع الأجرة بنفسه، ولم يكلها إلى الاجتهاد، فكان ما زاد على أجرة المثل وصية، وهذا كما لو أوصى أن يباع عبده الفلاني من فلان، ويتصدّق بثمنه يباع منه بأكثر ما يوجد له ثمناً، ولو أوصى بأن يباع منه بقدر بيع منه، فإن نقص ثمن المثل احتسب من ثلاثة، وإذا لم يحجّ عنه بأقل ما يوجد أو أجرة المثل على ما بيّناه أحجّ عنه غيره بأقلّ ما يوجد أحد يحجّ عنه به، لأنه صار موكولاً إلى اجتهاد الوصي، وبطل ما أوصى به الميت من تعيين من يحجّ عنه.

ولو قال: أحجّوا عني فلاناً بمائة دينار فعيّن من يحجّ عنه، ومقدار الأجرة، فلا يختلف المذهب أنه يعطي أجرة مثله، فإن كان ما سمّاه أجرة مثله لا يزيد عليها أعطى ذلك من رأس المال سواء كان وارثاً أو أجنبياً، لأنه معاوضة بعوض المثل، وإن كانت أجرة مثله خمسين ديناراً كان ما زاد عليها وصية، فإن كان وارثاً كان إلى إجازة باقي الورثة، فإن أجازوه جاز وإن ردوه بطل، وإن كان أجنبياً نُظر، فإن كانت الزيادة تخرج من الثلث. جاز وإن لم تخرج من الثلث كان ما زاد على ثلاثه إلى إجازة الورثة، فإن أجازوه جاز، وإن ردّوه بطل، فإذا أراد الموصى له أن يحجّ بالكل عند الإجازة أو بالبعض عند الرّد أحجّ عنه وإن امتنع أحجّ غيره بأقل ما يوجد أحد يحجّ عنه.

فَرْعٌ

لو قال: أعطوني ما أوصى له به، وهو ما زاد على أجرة مثلي لم يدفع إليه، لأنه إنما أعطاه إذا حجّ عنه، فأمّا إذا لم يحجّ عنه، فلا يستحق شيئاً، وهذا كما لو قال: بيعوا عبدي من فلان بمائة وتصدّقوا بثمنه، [١٩٦/ب] والعبد يسوّي مائتين، فامتنع من شرائه بيع العبد من غيره بالمائتين، ويتصدق بثمنه، ولا يجوز أن يقول: أعطوني المائة التي كانت وصية لي، لأنه إنما جعلها له إذا اشترى العبد.

فَرْعٌ آخرُ

لو قال: أحجّوا عني من يرضاه فلان، فرضي فلان إنساناً كان كما لو عيّنه الموصي، فإن كان في حجّ واجب، كان كالمعيّن في حجّ واجب، وإن كان في حجّ تطوع كان كالمعيّن في حجّ التطوع.

فَرْعٌ آخرُ

لو أوصى بحجّ التطوع، وقلنا: يصحّ في أحد القولين ويكون جميع الأجرة معتبرة من الثلث سواء أمر بأن يحجّ عنه مطلقاً، فاستؤجر بأقل ما يوجد من يحجّ به عنه، أو عين الأجرة والحاج، أو عين الحاج ولم يعيّن الأجرة، ولو قال: أحجّوا عني فلاناً بمائة، فإن رضي فلان أن يحجّ بها عنه أحجّ عنه، وإن امتنع من الحجّ، وكان حجّ التطوع، فهل تبطل الوصية؟ وجهان:

أحدهما: تبطل، ولا يحجّ عنه، لأنه قصد الإرفاق بهذا الموصى له، فإذا ردّها بطلت كما لو أوصى بثلث ماله لرجل فردّ الوصية رجع المال إلى الورثة.

والثاني: لا تبطل ويحجّ بأقلّ ما يوجد كما بيناه، لأنه قصد به القربة لنفسه ومنفعة من عيّنه، فإذا أراد الموصى له حصلت القربة بغيره كما لو قال: بيعوا هذا العبد من فلان بمائة درهم، وهو يساوي مائتي درهم، وتصدّقوا به، فإن امتنع الفلان من شرائه بيع العبد من غيره بما يسوّي وتصدّق بثمنه، وهذا أصحّ.

فَرْعٌ آخرُ

لو قال: أول من يحجّ عني، فله مائة دينار فحجّ عنه غير وارث، فله أقل ما يوجد به من يحجّ عنه، وما زاد مردود، لأنه وصية لوارث نصّ عليه في «الأم»[1].

قال أصحابنا: إن حجّ عنه أجنبيّ أولاً، والزيادة على أجرة المثل [١٩٧/أ] إلى تمام المائة يزيد على الثلث تتوقف هذه الزيادة على إجازة الورثة.

والثاني، أن له أجرة المثل فقط لا أقل ما يوجد به من يحجّ عنه. وأراد الشافعي هذا ثم اعترض المزني، فقال: يجب أجر المثل لمن حجّ، ولا زيادة على ذلك، وإن خرجت من الثلث، لأن من شرط الإجارة أن يكون الأجير معيناً، وإذا لم يعيّن كانت الإجارة فاسدة ويصير المسمى فاسداً، فتجب أجرة المثل.

وقال أبو إسحاق: هذا غلط من المزني، لأن هذه ليست بإجارة بل هي جعالة، ويجوز في الجعالة مثل هذا على ما ذكرنا من قبل. وعند المزني الجعالة على الحجّ لا تجوز، وهذا غلط، لأن كل عمل تجوز الإجارة عليه تجوز الجعالة عليه.

فَرْعٌ آخرُ

لو استأجره ليحجّ عنه ماشياً فحجّ راكباً، فإن قلنا: الحجّ راكباً أفضل، فقد زاد، وإن قلنا: الحجّ ماشياً أفضل فقد أساء وعليه دم، وهل يلزمه أن يردّ التفاوت بين أجرة الراكب والماشي؟ وجهان.

فَرْعٌ آخرُ

لو قال: أحجّوا عني من شاء زيد، فعيّن زيد شخصاً، فامتنع، ثم أراد زيد أن يعيّن شخصاً آخر فيه وجهان:

أحدهما: له ذلك، لأنه لم يحصل المقصود بتعينه.

والثاني: ليس له ذلك، لأنه فوض إليه التعيين، وقد عيّن، والتعدد حصل من جهة أخرى، فليس له أن يعيّن آخر، بل الولي يستأجر من يريد.

فَرْعٌ آخرُ

لو قال: أحجّوا عني فلاناً، فمات أحجّ غيره، لأن القصد من ذلك إيقاع العبادة كما لو قال: أعتقوا عني رقبة، فاشتريت رقبة، فماتت يشتري أخرى، ويعتق. فإن قيل: أليس لو أوصى بعتق عبد بعينه، فمات سقطت الوصية؟ قلنا: العتق حقاً للموصى

---

(١) انظر الأم (٢/ ١١٠).

بعتقه، فإذا عين له، فإذا مات سقط، لأن المغلب حقّه. وههنا المغلب حكم العبادة فافترقا [١٩٧/ب].

فَرْعٌ آخرُ

لو أوصى بثلثه للحجيج. قال الشافعي[١]: أمرت أن يعطي فقراء الحاج، ولا أعلمه يحرم أن يعطاه غني منهم، وهذا لأن اسم الحاجّ ينطلق على كلهم.

فَرْعٌ آخرُ

قال في «الإملاء»: لو حجّ وفرغ، أو اعتمر وفرغ منها، ثم شكّ، هل طاف على طهارة أم لا؟ أحببت أن يعيد، ولم يوجب الإعادة، لأن الشكّ الطارىء بعد الفراغ من العبادة لا يقدح في العبادة، لأنها قد صحّت في الظاهر، ولهذا يقول: لو فرغ من الصلاة ثم شكّ، هل ركع أم لا؟ لم تلزمه الإعادة، ولو شكّ قبل الفراغ منها يلزمه البناء على اليقين.

فَرْعٌ آخرُ

إذا أوصى، وقال: أحجّوا عني مطلقاً. قال أبو إسحاق: يحجّ عنه من بلده، وإن قلنا: الحجّ عنه يجب من الميقات إذا لم يوصِ به، لأنه لما أوصى علمنا أنه قصد خلاف ما عليه الأصل. وقال غيره يحجّ عنه من الميقات كما لو لم يوصِ به، وهو المذهب.

فَرْعٌ آخرُ

إذا قلنا: يجب أن يحجّ عن الميت من بلده، أو قلنا: من الميقات، فأوصى به مطلقاً، قال أكثر أصحابنا: يحجّ عنه من رأس المال، والوصية أفادت التذكار فقط، لأن المطلق يجب حمله على ما ثبت بالشرع، ومن أصحابنا من قال: يحجّ عنه من الثلث ما لم يعجز ثلاثة عن الميقات نصّ عليه المزني في كتاب الوصايا، فقال: لو أوصى أن يحجّ عنه، ولم يحجّ حجّة الإسلام، فإن بلغ ثلاثة حجّاً من بلده حجّ عنه من بلده، وإن لم يبلغ أحجّ عنه من حيث بلغ، ولأن الظاهر من الوصية أنه جعله في ثلاثة رفقاً بالورثة، ولو قال: أحجّوا عني ثلثي أُحِجّ عنه من الثلث، ويجب أن يحجّ عنه من بلده من الثلث، فإن [١٩٨/أ] لم يبلغ، فمن حيث بلغ، فإن الظاهر أنه أمر بصرف ثلثه في الحجّ، وإن قال: أحجّوا عني من بلدي، فإن قلنا: يجب الحجّ من البلد أحجّ عنه من رأس المال.

ومن قال من أصحابنا: إن الظاهر من الوصية الثلث يجب أن نقول: يحجّ من ثلثه، فإن كفى وإلا أتمّ من الثلثين، وإذا قلنا: الواجب من رأس المال، فإنه يحجّ من البلد ذكره صاحب الإفصاح. وقد قيل: يحجّ من الميقات من رأس المال، ومن البلد إلى الميقات من الثلث.

---

(١) انظر الأم (٢/ ١١١).

قال القاضي الطبري: وهذه المسائل قد تعبت في طلبها من كلام الشافعي، والذي تحصل من كلامه من الحجّ وفي الوصايا ما ذكرته.

فَرْعٌ آخَرُ

هذا الذي ذكرنا إذا لم يكن مع الحجّ في الوصية غيره، فأما إذا كان معه غيره، فأوصى بأن يحجّ عنه من بلده وتصدّق بصدقات، فمن أصحابنا من قال: إذا أوصى به من الثلث كان اعتبار الجميع من الثلث واحداً، فإذا قسم الثلث على الجميع، فإن وفى ما يخصّه من الثلث وإلا تمم من رأس المال.

ولو قال: أحجّوا عني، ولم يقل من ثلثي وتصدقوا بكذا وكذا فقد بيّنا أن المطلق من قوله: أحجّوا عني يحمل على رأس المال دون الثلث في قول أكثر أصحابنا. وفي قول بعضهم: يحمل على الثلث. فمن قال بالأول: وأنه يحمل على رأس المال اختلفوا في هذا الموضع، فقال ابن أبي هريرة: ههنا يحمل على الثلث، لأنه لما جمع بينه وبين الصدقة أن تخرج من الثلث دلّ على أنه قصد بالوصية بالحجّ من الثلث وقصد به الترفيه على الورثة، وقال غيره: وهو الأصحّ يخرج من رأس المال، ويجعل الصدقة في الثلث.

فَرْعٌ آخَرُ

قال بعض أصحابنا بخراسان: إذا قال: أحجّوا عني رجلاً بألف وأجر المثل [١٩٨/ب] أقلّ ولم يعين الرجل، فيه وجهان:

أحدهما: لا يحجّ إلا بقدر أجر المثل، لأنه لم يتعين ذلك الشخص حتى يكون الباقي وصية به، بل الباقي وصية للوارث.

والثاني: أنه وصية لشخصٍ موصوف بصفة، وهو أن يحجّ عنه، فمن حجّ عنه دفع إليه كل الألف إذا أخرجت الزيادة عن أجر المثل من الثلث.

فَرْعٌ آخَرُ

قال القفال: وقعت مسألة بمرو هي نظير ما تقدّم. وتلك أن رجلاً أوصى أن يشتري عشرة أقفزة حنطة بمائتي درهم، فيتصدّق بها، فوجدوا من أجود الحنطة عشرة أقفزة بمائة درهم، فمنهم من قال: تردّ الزيادة إلى الورثة، ومنهم من قال: هو وصية لبائع الحنطة، ومنهم من قال: نشتري بالزيادة زيادة الحنطة بهذا السعر، فيتصدق بها، وهذا الوجه الثالث، لا يتصور في الحجّ.

فَرْعٌ آخَرُ

قال القفال: قال الشافعي في «الكبير»(١): لو استأجره على أن يحجّ في هذا العام، فحجّ من عام آخر، فقد أساء ويجزئه. قال أصحابنا: هذا إذا ثبت الحجّ في ذمّته، فأمّا

---

(١) انظر الأم (٢/١٠٦).

إذا كان عين الزمان بطلت الإجارة بانقضائه، ولا يكون الحجّ عن الآمر، وقد بيّنا هذا من قبل.

فَرْعٌ آخرُ

إذا قلنا: لا وداع على الحائض، فالمستحبّ لها أن تقف على باب المسجد، وتدعو بذلك الدعاء الذي يدعى به عند الملتزم على ما سبق بيانه. قال في «الإملاء»: وأحبّ للحائض أن تقول هذا، وأكثر منه على باب المسجد.

فَرْعٌ آخرُ

قال والدي رحمه الله: لو حجّ رجل وعنده أنه صبي لم يبلغ أو أنه عبد فتبين أنه كان حرّاً بالغاً صحّ حجّه عن حجّة الإسلام، ولو تيمم العادم للماء ظنّاً منه أن وقت الفرض لم يدخل، وكان قد دخل الوقت، فيه وجهان:

أحدهما: يصحّ كالحجّ.

والثاني: لا يصحّ، والفرق أن الحجّ يلزم بالدخول، [١٩٩/أ] ولا يجوز أن تسبق حجّة النفل حجّة الإسلام في وقتٍ تصحّ منه، فيه حجّة الإسلام فجوّزنا هذه الحجّة عن الفرض، لأن إبطالها لا يمكن تصحيحها عن غير الفرض والتيمم لا يلزم بالدخول، فجاز إبطاله عن الفرض في وقته لوقوع الاشتباه فيه حين الفعل، ويؤكده أن إحرام الصبيّ والعبد قد يؤدي به حجة الإسلام، وهو إذا بلغ أو أعتق قبل الوقوف، ولهذا لم يمنع اعتقاد حالة الصغر والرقّ من جواز الإحرام عن الفرض، والتيمم الواقع قبل الوقت لا يؤدي به فرض الوقت بحال، فلهذا منع اعتقاده وبقي دخول الوقت من جواز التيمم عن الفرض، وإن صادفت الحقيقة خلاف ما يقتضيه اعتقاده.

فَرْعٌ آخرُ

قال: إذا ارتدّ الرجل بعدما وجد الزاد والراحلة وقبل إمكان الأداء، ومضى وقت الحجّ في حال ارتداده، هل يلزمه الحجّ، حتى إذا أسلم ومات في الحال يقضى عنه أم لا؟ فيه قولان بناء على أن الردّة تزيل الملك أم لا؟ فإن قلنا: تزيل الملك لا يلزمه الحجّ، لأنه ملكه زال عن الزاد والراحلة قبل استقرار الحجّ عليه، وهما شرطان في وجوب الحجّ، فصار كزوال الملك بالتلف، وإن قلنا: لا يزيل الملك يلزمه الحجّ لأن الردّة لا تسقط الفرائض، ولهذا الأصل اختلف القول في زكاة مال المرتد.

فَرْعٌ آخرُ

قال: إذا أحرم بالعمرة في غير أشهر الحجّ ثم دخل أشهر الحجّ، ولم يطف بعد، فما أدخل عليها حجّاً، هل يصحّ هذا الإدخال؟ وجهان:

أحدهما: لا يصحّ، لأنه لو كان أحرم بهما في الابتداء لم يجز لأن الزمان ليس بزمان إحرام الحجّ، فلو جوّزنا هذا الإدخال وجب أن نجعله كأنه أحرم بهما في الابتداء. وهذا محال في هذا الموضع.

والثاني: يجوز، لأنه لو أحرم بهما، الآن صحّ، [١٩٩/ب] فلذلك يصحّ الإدخال في هذا الزمان كما لو أحرم بالعمرة في أشهر الحجّ صحّ له إدخال الحجّ عليها لهذا المعنى.

فَرْعٌ آخرُ

قال: إذا أحرم بالحجّ، ثم شكّ وهو في أشهر الحجّ، هل أحرم في أشهر الحجّ، أو قبل أشهره، هل يلزمه الحجّ أو العمرة أو هما؟ فيه وجهان:

أحدهما: يتحرى ويبني على غالب ظنّه.

والثاني: يأتي بالحجّ ليتيقن سقوط الفرض وأصل هذين الوجهين إذا أحرم في وقته، ثم بنى بماذا أحرم ما الذي يلزمه؟ قولان، هذا إذا لم يعرف وقت الإحرام، ووقت دخول الأشهر، فإن عرف وقت دخول الأشهر وشكّ في وقت الإحرام وجب الحجّ، لأن الأصل أن الإحرام، وذلك يقتضي وقوع الإحرام في الأشهر، وإن عرف وقت الإحرام وشكّ في وقت دخول الأشهر لزمته العمرة، لأن الأصل أن الأشهر لم تدخل، وذلك يقتضي هذا الذي نقلناه.

فَرْعٌ آخرُ

قال: إذا أحرم مطلقاً في غير أشهر الحجّ، فقبل أن يعينه عن العمرة دخل أشهر الحجّ، فأراد أن يصرفه إلى الحجّ لم يكن له، لأن إحرامه صحّ عن العمرة ولا يقع موقوفاً في الابتداء، لأن الزمان لا يقبل إلا إحرام أحد النسكين، وإنما يقبل الوقوف إذا قبل الزمان كلّ واحد منهما، فإن كان يريد إدخال الحجّ على هذه العمرة فقد ذكرنا وجهين.

فَرْعٌ آخرُ

إذا أحرم بالعمرة في أشهر الحجّ، ولم يعمل شيئاً من أعمالها حتى دخل أشهر الحجّ في العام الثاني، ثم أراد إدخال الحجّ عليها، هل يجوز؟ يحتمل وجهين:

أحدهما: لا يجوز لأنه حديث حالة، لا يصحّ فيها الإدخال كما لو طاف للعمرة لم يصحّ للإدخال في حالة الطواف، ولا بعده.

والثاني: يجوز كما لو أحرم بهما في العام الثاني كان صحيحاً، وهذا كما قلنا فيمن أحرم [٢٠٠/أ] بالعمرة في غير الأشهر، ثم أراد إدخال الحجّ عليها في الأشهر، فيه وجهان، فإن جوّزنا هناك، فههنا أجوز. وإن قلنا: لا يجوز هناك، فههنا وجهان:

أحدهما: لا يجوز اعتباراً بذاك.

والثاني: يجوز لأنه لو أحرم بهما في الابتداء هناك لم يصحّ إحرام الحجّ وههنا لو كان أحرم بهما في الابتداء صحّ إحرامه بهما، وهذا أوضح.

فَرْعٌ آخرُ

إذا طاف في الحجّ وعنده أنه في العمرة، ونوى فعله عن العمرة يصحّ عن الحجّ،

لأنه لو طاف بنية الغير يقع عن فرضه، وإن تعمّد ذلك فهذا أولى.

فَرْعٌ آخرُ

إذا كان محرماً بالحجّ فأحرم بالحجّ ثانياً قبل الإتيان بشيء من أركانها، هل ينقلب إحرامه الثاني إلى العمرة على القول الذي يجوّز إدخال العمرة على الحجّ، فيه وجهان محتملان:

أحدهما: يجوز عن العمرة، لأن هذه الحالة صالحة للعمرة دون الحجّ.

والثاني: لا يجوز، وهو الذي يقتضيه كلام أصحابنا، لأن الوقت قابل للحجّ في الجملة، فإذا لم يصحّ الإحرام به عنه لم ينصرف إلى غيره، كالصلاة في وقتها إذا لم تصحّ عن الفرض لم تصحّ أيضاً عن التطوع، وبهذا فارق إذا أحرم بالحجّ قبل أشهره؛ لأن الوقت غير قابل للحج ينعقد عمرة، وهذا غير صحيح لأن حالة كونه في الحج حالة لا تصلح للحجّ في حقّه ولا اعتبار بحال غيره في معرفة حكمه، فصار كالزمان قبل أشهر الحجّ في حق الجماعة ويؤكده أن الإحرام بالصلاة في الوقت قد تصحّ عن التطوع إذا لم تصحّ عن الفرض، وهو إذا أدرك الإمام راكعاً، فأحرم خلفه وهو يهوي راكعاً، صحّ عن النفل، لأن حالته هذه غير قابلة للفرض ويقبل النفل، فكذلك ههنا.

فَرْعٌ آخرُ

إذا أحرم بحجّتين، هل ينعقد بحجّ وعمرة؟ يحتمل وجهين [٢٠٠/ب]:

أحدهما: لا ينعقد كما لو أحرم بصلاتين لا ينعقد بفريضة ونافلة. وهذا هو الأشبه بكلام أصحابنا.

والثاني: ينعقد لأن إحرامه بالحجّ الثاني ينصرف إلى العمرة، كما لو أحرم بالحجّ قبل أشهره، لأن الحالة لا تقبل حجّة أخرى وتقبل العمرة، ويفارق الصلاة، لأن الجمع بين فرضها ونفلها بإحرام واحدٍ غير صحيح، ويصحّ الجمع بين الحجّ والعمرة بإحرام واحد، فبان الفرق، ولهذا إذا أحرم بصلاتي فرض لم ينعقد بأحد الفرضين بخلاف ههنا.

فَرْعٌ آخرُ

إذا أحرم بالحجّ، ثم أحرم ثانياً مطلقاً صحّ الثاني بالعمرة على القول الذي يجوّز إدخال العمرة على الحجّ، وهو أصحّ القولين، وهكذا إذا أحرم بالعمرة، ثم أحرم ثانياً إحراماً موقوفاً، صحّ الثاني عن الحجّ، لأن الحالة لا تقبل إلاّ نسكاً واحداً، إمّا الحجّ أو العمرة، فانصرف الإحرام المطلق إلى ذلك الواحد الذي يصحّ في هذه الحالة، وفيه وجه آخر، أن إحرامه المطلق بعد إحرامه بالعمرة لا ينصرف إلى الحجّ، ولكن يقال له: عيّن، فإن عيّنه في العمرة كان الإحرام الثاني باطلاً، وإن عيّنه في الحجّ صحّ، وكان قارناً، كما لو قال لامرأته وأجنبية: إحداكما طالق، لا يقع الطلاق على الزوجة، بل يقال له: عيّن، فإن عيّنه في الأجنبية لا حكم له، وكذلك في المسألة الأولى، إذا أحرم

بالحجّ، ثم أحرم مطلقاً، يقال له: عيّن، فإن عيّن في الحجّ لم يصحّ عنه، ولم ينصرف إلى العمرة، وإن عيّنه في العمرة صحّ عنها، وصار قارناً، فحصل في هذا أن في الإحرام المطلق بعد إحرام العمرة وجهين: أحدهما: ينصرف إلى الحج والثاني: يرجع إليه في التعيين وأما الإحرام المطلق بعد إحرام الحج، فإن قلنا: إن الإحرام الثاني لو كان الحجّ انصرف إلى العمرة، فههنا ينصرف إلى العمرة أيضاً وجهاً واحداً.

وإن قلنا: إنه لو وقع بالحجّ بطل، فعند الإطلاق وجهان [٢٠١/أ]:

أحدهما: ينصرف إلى العُمرة.

والثاني: يرجع إليه في التعيين على ما ذكرنا.

فَرْعٌ آخرُ

لو أحرم بالحجّ عن رجلين:

أحدهما: أذن له في الإحرام، والآخر لم يأذن، فيه وجهان: **أحدهما**: يقع عن نفسه كما لو أذن له به، فأحرم عنهما.

والثاني: يقع عمن أذن له بالحجّ دون الآخر.

فَرْعٌ آخرُ

إذا أذن لعبدٍ بالحجّ عنه فحج عنه، ثم تبين أنه كان حرّاً وكان حجّ عن نفسه، وكان حرّاً في ذلك الوقت تصحّ هذه الحجّة عن الإذن واعتقاده أنه عبد لا يمنعُ صحتها، وعلى هذا لو أحرم بالحجّ وعنده أن أشهر الحجّ لم تدخل، ثم بان أنه كان قد دخل انعقد إحرامه بالحجّ، ولا تأثر لاعتقاده.

فَرْعٌ آخرُ

المستحاضة التي لا تعرف وقت حيضها من طهرها بوجه تطوف طواف الوداع إذا أرادت الخروج، فإن لم تفعل لا دم عليها، لأن الأصل أنه غير واجب، فلا يلزمها إلا بتعيين، ويحتمل أن يقال: يلزمها الدم، لأن الاحتياط في إراقة الدم كما يوجب الصوم عليها احتياطاً.

فَرْعٌ آخرُ

حجّة فيها قتل صيد أو عمرة ليس فيها قتل صيد، أيّتها أفضل؟ فيه وجهان:

أحدهما: الحجّ أفضل، لأن أعماله أكثر.

والثاني: العمرة أفضل، لأن العمر المستغنية عن الجبران أفضل من العبادة المحتاجة إليه، ولهذا صار الإفراد أفضل من القران والأول أصحّ.

فَرْعٌ آخرُ

إذا نذر العبد حجّاً، هل له فعله قبل الإعتاق؟ وجهان.

فَرْعٌ آخرُ

إذا عدمت الحائض الماء بعد انقطاع الدم فتيممت وطافت، ثم وجدت الماء، هل

يلزمها إعادة الطواف؟ وجهان [٢٠١/ب]:

أحدهما: يلزم، لأن الطواف كالصلاة، ولو صلّى المقيم بالتيمم لعدم الماء وجبت الإعادة عند وجوده، فكذلك الطواف.

والثاني: لا يلزم الإعادة، لأن الحائض لو طافت للوداع بعد انقطاع دمها بالتيمم لعدم الماء، ثم فارقت مكّة لم يلزمها الدم. وإن قلنا: يلزم الدم بترك طواف الوداع في أظهر القولين، فلو كان ذلك الطواف غير محسوب لوجب الدم على هذا القول، وهكذا إذا طاف الرجل بالتيمم لعدم الماء، ثم وجد الماء، هل تلزمه إعادة على هذا الخلاف والله أعلم.

بَابُ قتل المحرم الصيد

مَسْأَلَةٌ: قالَ[١]: وعلى من قتل الصيد الجزاء عمداً كان أو خطأً.

الأصل في تحريم قتل الصيد على المحرم ووجوب الجزاء بقتله الكتاب والسنّة والإجماع.

أمّا الكتاب: فقوله تعالى: ﴿يَٰٓأَيُّهَا ٱلَّذِينَ ءَامَنُواْ لَا تَقۡتُلُواْ ٱلصَّيۡدَ وَأَنتُمۡ حُرُمٞۚ وَمَن قَتَلَهُۥ مِنكُم مُّتَعَمِّدٗا فَجَزَآءٞ مِّثۡلُ مَا قَتَلَ مِنَ ٱلنَّعَمِ﴾ [المائدة: ٩٥] الآية. وقوله تعالى: ﴿وَحُرِّمَ عَلَيۡكُمۡ صَيۡدُ ٱلۡبَرِّ مَا دُمۡتُمۡ حُرُمٗاۗ﴾ [المائدة: ٩٦]. وقوله تعالى: ﴿يَٰٓأَيُّهَا ٱلَّذِينَ ءَامَنُواْ لَيَبۡلُوَنَّكُمُ ٱللَّهُ بِشَيۡءٖ مِّنَ ٱلصَّيۡدِ تَنَالُهُۥٓ أَيۡدِيكُمۡ وَرِمَاحُكُمۡ﴾ [المائدة: ٩٤].

قال مجاهد: يريد بما تناله الأيدي: من البيض والصغار وبما تناله الرماح: الكبار.

وأمّا السنّة: فما روى جابر رضي الله عنه أن النبي ﷺ سئل عن الضبع، فقال: «هو صيد وفيه كبش إذا أصابه المحرم»[٢]، وروي عن ابن أبي عمار، قال: قلت لجابر رضي الله عنه: الضبع أصيد هي؟ قال: نعم، قلت: آكلها، قال: نعم، فإن قلت: أقاله رسول الله ﷺ؟، قال: نعم.

وأمّا الإجماع: فلا خلاف بين المسلمين فيه، فإذا تقرر هذا فالجزاء [٢٠٢/أ] يجب بقتله سواء كان عامداً، أو مخطئاً، أو عائداً. وبه قال عامة الفقهاء، وقال مجاهد: لا يجب الجزاء على العامد في قتله الذّاكر لإحرامه، أو المخطىء في قتله الناسي لإحرامه.

وقال داود: لا جزاء على المخطىء أصلاً، وإنما يجب على العامد. وبه قال أحمد في روايته وأبو ثور وروي ذلك عن ابن عباس وسعيد بن جبير رضي الله عنهما، واحتجوا بأن الله تعالى نصّ على العمد في قوله: ﴿وَمَن قَتَلَهُۥ مِنكُم مُّتَعَمِّدٗا فَجَزَآءٞ مِّثۡلُ مَا

---

(١) انظر الأم (٢/١٠٦).

(٢) أخرجه أحمد (٣/٣١٨)، وأبو داود (٣٨٠١)، والترمذي (٨٥١)، والنسائي (٥/١٩١)، وابن ماجه (٣٢٣٦)، والدرامي (٢/٧٤)، والدارقطني (٢/٢٤٦)، والحاكم (١/٤٥٢)، والبيهقي في «الكبرى» (٩٨٧٣، ٩٨٧٤).

﴿قَتَلَ﴾ [المائدة: ٩٥] الآية، فدلّ من طريق دليل الخطاب على أنه إذا كان مخطئاً لا جزاء عليه، وهذا غلط، لما ذكرنا من الخبر، ولم يفصل، ولأنه حيوان يجب بقتله الكفّارة أو المخطئ في قتله الناسي لإحرامه. وقال داود: لا جزاء على المخطئ أصلاً، في قتل الآدمي خطأ ونبه به على وجوب الجزاء في الصيد عند الخطأ.

وقيل: إنما شرط العمد، لأنه عقبة بالعقوبة في العود لا للمخالفة بين الخطأ والعمد، وأما ما قاله، فهو خلاف ظاهر نصّ الكتاب. وحكي عن ابن عباس ومجاهد وسريج والحسن وقتادة والنخعي: أنه لا جزاء على العامد.

وبه قال داود: والعائد أن يقتل صيداً فيفديه أولاً بفدية، ثم يقتل صيداً ثانياً، فعليه جزاء آخر وعندهم لا جزاء، ولو عاد مائة مرة، واحتجّوا بقوله تعالى: ﴿وَمَنْ عَادَ فَيَنتَقِمُ ٱللَّهُ مِنْهُۚ﴾ [المائدة: ٩٥] فجعلوا الانتقام جزاؤه، وهذا غلط، لأنّه كفّارة تجب بقتل حيوان محترم، فأشبهت كفّارة قتل الآدمي.

وأمّا الآية قلنا: قال عطاء وغيره: أراد ومن عاد في الإسلام، فينتقم الله منه بالجزاء [٢٠٢/ب]. وحكي عن أحمد في رواية أنه إن كفر عن الأول، وجب للثاني الجزاء، وإلا تداخل، ثم اعلم أن الشافعي قال[(١)]: ولا يعاقبه الإمام فيه، لأن هذا ذنباً جعلت عقوبته فديته إلّا أن [يفعل ذلك][(٢)] مستخفاً، ثم قال المزني: وقاس ما اختلفوا فيه من كفّارة قتل المؤمن عمداً على ما أجمعوا عليه من كفّارة قتل الصيد عمداً، وقصد به الاحتجاج على أبي حنيفة حيث قال: تلزم الكفّارة في قتل الآدمي خطأ، ولا تلزم إذا قتله عمداً ووافقنا في الصيد أنه يلزم الجزاء بقتله عمداً، أو خطأ والمعنى الجامع بينهما أنه حيوان ذو حرمة تعلقت بقتله الكفّارة في حاله، فوجب أن يستوي فيه عمد القتل، وخطأه كقتل الصيد، ثم أيّد الشافعي ذلك، فقال[(٣)]: والعامد أولى بالكفّارة في القياس من المخطىء يريد به أن العامد أعظم ذنباً، وأكبر جريمة، فهو بالكفّارة الموضوعة لتغطية الإثم أولى.

فَرْعٌ آخرُ

لو دخل الذمّي الحرم، فقتل صيداً في الحرم يلزمه الجزاء، لأنه ضمان يتعلق بالإتلاف، فيلزمه ضمان الأموال، ويفارق هذا إذا أحرم ثم قتل الصيد لا جزاء عليه، لأنه لم ينعقد إحرامه، فلا يوجد هتك حرمة الإحرام، وحرمة الحرم موجودة، وقد هتكها بقتله.

ومن أصحابنا المتأخرين من قال: لا جزاء عليه هناك أيضاً، لأنه غير ملتزم بحرمة الحرم، فلا يضمن صيده.

---

(١) انظر الأم (٢/١٥٧).

(٢) ما بين المعقوفتين جاء بالأم هكذا: يزعم أنه يأتي ذلك عامداً.

(٣) انظر الأم (٢/١٥٧).

بَابُ جزاء الصيد

مَسْأَلَةٌ: قالَ[١]: قال الله تعالى: ﴿فَجَزَآءٌ مِّثْلُ مَا قَتَلَ مِنَ ٱلنَّعَمِ﴾ [المائدة: ٩٥]، قال: والنعم: الإبل والبقر والغنم.

الفَصْلُ

الصيد على ضربين ضرب له مثل، وضرب لا مثل له، فما له مثل من النعم يضمن بمثله وذلك مثل النعامة مثلها [٢٠٣/أ] بدنة وحمار الوحش بقرة والضبع مثلها شاة ونحو ذلك. وما لا مثل له كالعصافير ونحوها يضمن بالقيمة فيجري ضمان الصيد مجرى ضمان الآدميين ما له مثل يضمن بالمثل، وما لا مثل له يضمن بالقيمة، فإذا قتل صيداً له مثل، فإنه مخيّر بين ثلاثة أشياء إن شاء أخرج المثل، وإن شاء قوّم المثل بدراهم يشتري بالدراهم طعاماً، ويتصدّق به، وإن شاء صام عن كل مدّ يوماً، وإن كان مما لا مثل له يخيّر بين شيئين بين أن يقوّم الصيد بدراهم في الموضع الذي أصيب فيه، والدراهم طعاماً بمكّة، ويتصدّق به، وبين أن يصوم عن كل مدّ يوماً، ولا يجوز إخراج القيمة، ووافقنا مالك في جميع ذلك إلا: في فصل واحد، وهو أن عندنا إذا أراد إخراج الطعام، يقوم المثل دراهم، والدراهم طعاماً وعنده يقوّم الصيد، ويقوّم تلك القيمة طعاماً.

وقال أحمد في رواية مثل قولنا. وقال في الرواية الثانية: هو على الترتيب، فإن عدم المثل أخرج القيمة. وقال أبو حنيفة: الصيد مضمون بقيمته بكل حال، إلا أنه إذا قومه يتخّير بين أن يشتري بقيمته النعم ويخرجه، ولا يجوز منه إلّا ما يجوز في الأضحية، وبين أن يشتري بالقيمة طعاماً، ويتصدّق به، وبين أن يصوم عن كل نصف صاع يوماً.

وقال أبو يوسف ومحمد: يجوز أن يشتري بالقيمة من النعم ما يجوز في الأضحية، وما لا يجوز، واحتج الشافعي عليه بإجماع الصحابة، فقال[٢]: وقد حكم عمر وعثمان وعلي وعبد الرحمن بن عوف وابن عباس وابن عمر رضي الله عنهم في بلدان مختلفة وأزمان شتّى بالمثل من النعم، فحكموا في النعامة ببدنة وهي لا تستوي بدنة، وفي حمار الوحش ببقرة وهو لا يسوي بقرة، وفي الضبع بكبش وهو لا يسوي كبشاً، [٢٠٣/ب] وفي الغزال بعنز [وقد يكون أكثر من ثمنها أضعافاً ودونها ومثلها] وفي الأرنب بعناق، وفي اليربوع بجفرة [وهما لا يساويان عناقاً ولا جفرةً]، فدلّ ذلك على أنهم نظروا إلى أقرب ما يقتل من الصيد شبهاً بالبدن من النعم لا بالقيمة، ولو حكموا بالقيمة لاختلف لاختلاف الأسعار وتباينها في الأزمان. وهذا واضح واحتجّ مالك بأن التقويم إذا وجب لأجل الإتلاف قومه المتلف كما لا مثل له. وهذا غلط، لأن كل

(١) انظر الأم (٢/١٠٧).

(٢) انظر الأم (٢/١٠٨).

متلف وجب مثله، فإذا قوّم لزمت قيمة المثل في المثليات في حق الآدمي.

وأمّا ما ذكره يبطل الصيام يعدل بالإطعام، ولا يعدل بالقيمة.

مَسْأَلَةٌ: قالَ[(١)]: وكل دابة من الصيد لم يسمّها ففداؤها قياساً على ما سميا فداءه الصيد الذي له مثل على ضربين، فما حكمت فيه الصحابة بالمثل لا يعدل عنه إلى غيره، لأن حكم الصحابة والرجوع إلى قولهم أولى من غيرهم، لأنهم شاهدوا التنزيل وحضروا التأويل، فهم أعلم من غيرهم، وما لم تحكم فيه الصحابة يرجع فيه إلى اجتهاد عدلين، فينظر إلى أقرب الثلاثة للأجناس من النعم شبهاً بالصيد المقتول فأوجبناه.

وقال مالك: يجب التحكم فيما حكمت فيه الصحابة، وفيما لم تحكم، وهذا غلط، لأن الله تعالى قال: ﴿يَحْكُمُ بِهِۦ ذَوَا عَدْلٍ مِّنكُمْ﴾ [المائدة: ٩٥]، وقد حكم به ذوا عدل، ولأن الحكم بخلاف ما حكموا به يؤدي إلى تخطئتهم في المثلية، فلم يجز ذلك، وقال قبيصة بن جابر الأسدي: أصبت ظبياً وأنا محرم، فأتيت عمر رضي الله عنه، ومعي صاحب لي، فذكرت له، فأقبل على رجل إلى جنبه فشاوره، فقال لي: اذبح شاة، فلما انصرفنا، قلت لصاحبي: إن أمير المؤمنين لم يدر ما يقول [٢٠٤/أ]، فسمعني عمر، فأقبل علي ضرباً بالدرة، فقال: أتقتل الصيد وأنت محرم، وتغمض الفتيا؟ قال الله تعالى في كتابه: ﴿يَحْكُمُ بِهِۦ ذَوَا عَدْلٍ مِّنكُمْ هَدْيَاۢ بَٰلِغَ ٱلْكَعْبَةِ﴾ [المائدة: ٩٥] الآية. ها أنا ذا عمر وهذا ابن عوف[(٢)].

فَرْعٌ

قال الشافعي: وأحبّ أن يكونا فقيهين، ويجوز أن يكون القائل أحد العدلين، وإنما يكون القاتل عدلاً إذا أخطأ فيه، فأمّا إذا تعمّد فسق، فلا يقبل قوله فيه.

ومن أصحابنا من قال: لا يجوز ذلك كما لا يجوز في تقويم المتلفات. وبه قال مالك: وهذا غلط، لأن الجزاء يتعلق بحق الله تعالى، فكان مخالفاً لحقوق الآدميين من تقويم المتلفات، وهو كما يقبل قوله في الزكاة لهذا المعنى، وعلى هذا قال أصحابنا: يجوز أن يكونا قاتلين.

فَرْعٌ آخرُ

لو اختلف فيه اجتهاد عدلين من الفقهاء ولم يؤخذ بقول واحد حتى ينضمّ إليه قول غيره فيصير اثنين.

فَرْعٌ آخرُ

لو حكم عدلان بمثل وحكم آخران بمثل آخر، فيه وجهان:

---

(١) انظر الأم (٢/١٠٩).

(٢) أخرجه البيهقي في «الكبرى» (٩٨٦١)، وفي «معرفة السنن» (٣١٤٣).

أحدهما: يتخيّر في الأخذ بأيّهما شاء.

والثاني: يأخذ بأغلظهما كالوجهين في فتوى الفقيهين.

فَرْعٌ آخرُ

لو حكم عدلان بالمثل، وآخران بأنه لا مثل له، فالمثل أولى، لأن النفي لا يعارض الإثبات.

فَرْعٌ آخرُ

قد ذكرنا أن الصحابة حكموا في بعض الصيود بما ذكرنا. أمّا في النعامة روى عن سبعة منهم: عمر وعثمان وعلي وابن عباس وزيد بن ثابت وعبدالله بن مسعود وعبدالله بن الزبير رضي الله عنهم، قالوا: فيها بدنة.

وقال ابن عباس رضي الله عنهما: في حمار الوحش بقرة. قال الشافعي: وفي بقر الوحش بقرة، لأنها في معنى الحمار [٢٠٤/ب]. وقال عمر وعلي وابن عباس وجابر رضي الله عنهم: في الضبع كبش، وفي الأرنب عناق، وفي اليربوع جفرة والظبي الغزال الكبير الذكر والغزال للأنثى من الظبي، واليربوع الفار الكبير يكون في الصحراء أو الجفرة من أولاد المعزى إذا فصلت من أمها. وقيل: هي التي طعمت والذكر جفر والعناق الأنثى من أولاد المعزى إذا قويت قبل تمام الحول.

وقيل: الجفرة: ولد الضأن، وفيه نظر، وروي عن ابن عباس أنه قال: في الظبي تيس أعفر أو شاة مسنّة[١]. قال الشافعي[٢]: وبهذا نأخذ والتيس من أولاد المعزى الذي أتت عليه سنة، وقوي على الضراب. وروي عن عثمان رضي الله عنه أنه حكم في أم حبين بحلاّن من الغنم[٣] وأم حبين دابة من حشرات الأرض تشبه الضبّ وسميت أم حبين لعظم بطنها وانتفاخها، وهو تصغير أحبن، وهو الذي استسقى وانتفخ بطنه.

ومن العرب من يعاف أكلها. قال رجل في البادية لأعرابي: ما تأكلون؟ فقال: نأكل ما دب ودرج إلا أم حبين فقال: لتمتع أم حبين العافية، قال الشافعي في «المناسك الكبير»[٤]: وهو الحمل، فإن كانت العرب تأكلها، ففيها حلان، وقال الأزهري[٥]: قد قيل: هو الذكر من أولاد المعز إذا قوي [وهو] بمنزلة الجدي، وهذا هو الصحيح.

وأمّا الضبّ، قال الشافعي[٦]: فيه جدي جمع الماء والشجر، وروي بإسناده عن طارق بن شهاب. قال: خرجنا حجّاجاً فوطأ رجل منا، يقال له: أربد ضبّاً فقدمنا على عمر رضي الله عنه، فسأله أربد، فقال عمر: احكم يا أربد فيه، فقال: أنت خير مني يا

---

(١) أخرجه البيهقي في «الكبرى» (٩٨٨١).
(٢) انظر الأم (٢/ ١٦٤).
(٣) أخرجه البيهقي في «الكبرى» (٩٨٩١).
(٤) انظر الأم (٢/ ١٦٥).
(٥) انظر الزاهر في غرائب ألفاظ الشافعي للأزهري (ص١٢٨).
(٦) انظر الأم (٢/ ١٦٥).

أمير المؤمنين، وأعلم، فقال له عمر: إنما أمرتك أن تحكم، ولم آمرك [٢٠٥/أ] أن تزكيني، فقال أربد: أرى فيه جدياً قد جمع الماء والشجر، فقال عمر: فذاك فيه[١].

وقال عطاء: في الضبّ شاة، فإن أراد شاة صغيرة فبذلك نقول، وإن أراد مسنة خالفناه، وقلنا بقول عمر رضي الله عنه.

فَرْعٌ آخرُ

قال في «المناسك الكبير»[٢]: إن كانت العرب تأكل الوبر، ففيه جفرة، لأنه ليس بأكبر منها بدنا، قال ابن الأعرابي: الوبر: الذكر والأنثى وبرة، وهو في عظم الجرد إلا أنه أنبل وأكبر منه، وهي طحلاء، وجمعها وبار، وهو في جنس بنات عرس، والجرذ: الضخم من الفار، تكون في الفلوات يأكله بعض أهل البادية. وذكر الشافعي عن عطاء ومجاهد أنهما حكما فيه بشاة[٣].

فَرْعٌ آخرُ

قال في «المناسك الكبير»[٤]، وفي الثعلب شاة ورواه عن عطاء أنه حكم بها فيه[٥].

وقال سريج: لو كان معي حاكم لحكمت في الثعلب بجدي[٦].

فَرْعٌ آخرُ

قال في «الأم»[٧]: والأروي دون البقرة المسنة، وفوق الكبش، ففيه عضب ذكراً كان أو أنثى، قال الأزهري[٨]: العضب ما بلغ أن يقبض على قرنه من البقر، وهو دون الجذع منه، فإنه يجدع لسنتين وإنما وجب العضب، لأنه مثله، قال وفي الثيتل والوعل بقرة، ولم يروه عن أحد.

فَرْعٌ آخرُ

قد ذكرنا أن جزاء الصيد على التخيير نصّ عليه في كتبه، وروى أبو ثور عنه أنه على الترتيب، فقيه قولان، وقيل: لا يعرف هذا عن الشافعي في شيء من كتبه، فالمسألة على قول واحد، وهو الأصحّ.

مَسْأَلَةٌ: قالَ[٩]: «ولا يفدي إلا من النعم، وفي صغار أولادها صغار أولاد هذه».

أراد به لا يفدي فداء إلا بمثله من النعم، ولم يردّ أنه لا يجوز إخراج الفداء إلا من

---

(١) أخرجه الشافعي في «الكبرى» (٩٨٩٠)، وفي «معرفة السنن» (٣١٦٧).
(٢) انظر الأم (٢/ ١٦٥).
(٣) أخرجه البيهقي في «معرفة السنن» (٣١٦٩).
(٤) انظر الأم (٢/ ١٦٥).
(٥) أخرجه البيهقي في «الكبرى» (٨٩٨٩)، وفي «معرفة السنن» (٣١٦٥).
(٦) أخرجه البيهقي في «الكبرى» (٨٩٨٩)، وفي «معرفة السنن» (٣١٦٦).
(٧) انظر الأم (٢/ ١٦٤).
(٨) انظر الزاهر في غرائب ألفاظ الشافعي (ص١٢٨).
(٩) انظر الأم (٢/ ١٠٩).

النعم، [٢٠٥/ب] لأنه قد ذكر التخيير بعد هذا وأراد في صغار أولاد ذوات الصيد إذا قتلها صغار أولاد المثل من النعم، وقال مالك: يجب في الصغار كبار النعم.

وقال أبو حنيفة: تجب قيمة ذلك بقدره، واحتجّ مالك بقوله تعالى: ﴿هَدْيًا بَٰلِغَ ٱلْكَعْبَةِ﴾ [المائدة: ٩٥]، والصغير لا يسمّى هدياً، ولأنه جبر نقص من نقائص الإحرام، فلا يجوز إلا بالكبير كدم الحلق، ولأن كفّارة قتل الآدمي لا تختلف بصغر المقتول، وكبره كذلك هذه الكفّارة، وهذا غلط لقوله تعالى: ﴿فَجَزَآءٌ مِّثْلُ مَا قَتَلَ مِنَ ٱلنَّعَمِ﴾ [المائدة: ٩٥]، ومثل الصغير صغير، ولأن ما ضمن باليد والجناية يختلف ضمانه بالصغر والكبر كالعبد والبهيمة.

وأمّا الآية التي ذكروها، قلنا: هذا إذا أطلق، وههنا قياس بالمثل فاقتضى مثله، كما لو نذر أن يهدي صغيراً يلقى الصعر، ولأن الصعر يسمى هدياً، لأنه مما يهدى، وأما دم الحلق يجب بالجناية على الإحرام، فيجب على الكمال، وهذا يجب على طريق المقابلة والتعديل يختلف باختلاف المقتول، وأمّا كفّارة قتل الآدمي يفارق هذا، لأنها لا تتبعض، ولا يلزم في أبعاضه بخلاف هذا.

مَسْأَلَةٌ: قالَ[1]: وإذا أصاب صيداً أعوراً أو مكسوراً فداه بمثله.

الفَصْلُ

يفدي الصحيح بالصحيح والمعيب بالمعيب.

قال الشافعي ههنا: والصحيح أحبّ إليّ، قال أصحابنا: وعلى قياس هذا في المسألة الأولى الكبير أولى من الصغير. وقال الشافعي: فإن قال بعض الناس يفديه بصحيح، وعنى به مالكاً، وقد قال به بعض أصحابنا، وهذا غلط، لأن الله تعالى قال [٢٠٦/أ]: ﴿فَجَزَآءٌ مِّثْلُ مَا قَتَلَ﴾ [المائدة: ٩٥]، ومثل الأعور أعور.

فَرْعٌ

لو كان الصيد أعور اليمنى، فداه بأعور اليمنى، فإن فداه بأعور اليسرى، هل يجوز أم لا؟ فيه وجهان:

أحدهما: يجوز، لأن اعتبار ذلك يشق، ولأن اختلاف العور لا ينقض حق الفقراء، لأن قدر اللحم في الكلّ واحد، وهو اختيار ابن المرزبان وجماعة.

والثاني: لا يجوز، ويكون متطوعاً به، لأن اختلاف المعيب يجري مجرى اختلاف الجنس، ولو كان الصيد أعور ففداه بأعرج لا يجوز حتى يكون من جنس ذلك العيب.

فَرْعٌ آخَرُ

قال الشافعي: ولو أصاب بقرة رقوباً، فعليه بقرة رقوب يعني الحامل التي قربت ولادتها، فصارت شرفية. قال أصحابنا: أراد به يقوّمها حاملاً إذا كانت الحامل الشرفية

---

(١) انظر الأم (٢/١٠٩).

من الحايل، ويشتري بقيمتها طعاماً، ويتصدّق به. قال الشافعي: لأني لو قلت: يذبح شاة ماخضة كانت شراً من شاة غير ماخض للمساكين، ولكن الشاة الماخض أزيد ثمناً.

مَسْأَلَةٌ: قالَ(١): ويفدي الذكر بالذكر، والأنثى بالأنثى.

الفَصْلُ

إذا قتل صيداً أنثى يفدي بالأنثى من النعم، وإذا قتل ذكراً يفدي بالذكر منه هذا هو الواجب، فإن فدى الذكر بالأنثى. قال الشافعي: كان أحب إلي. واختلف أصحابنا في هذا، فقال أبو حامد في «الجامع» أراد به إذا لم يرد ذبح الجزاء، وإنما أراد تقويمه، لأن الأنثى أكثر ثمناً وأزيد في الطعام أمداداً وأزيد في الصيام أياماً، فأمّا إذا أراد ذبحه، فالذكر أولى، لأنه أطيب لحماً من الأنثى.

وقال بعض أصحابنا: إذا أراد ذبح الأنثى، هل يكون؟ أفضل قولان:

أحدهما: أنها أفضل، لأنها أرطب لحماً. وبه قال ابن أبي هريرة [٢٠٦/ب].

والثاني: لا يكون أفضل وإن جازت، لأن لحمهما قد يتقاربان. وبه قال أبو إسحاق، وظاهر هذا أنهما متساويان. وقال القفال: والقول الثاني الذكر أفضل، لأنه أطيب لحماً. وقال أبو حامد: هل يجوز الذكر مكان الأنثى؟ وجهان:

أحدهما: لا يجوز لأن لحم الأنثى أرطب.

والثاني: يجوز، لأن لحم الذكر أوفر، والمنصوص جوازه، ولا معنى للوجهين عند أصحابنا. وقال القفال: أراد الشافعي إذا لم تلد الأنثى، ولم تكبر سنها، فأمّا إذا ولدت، فلا يكون أفضل، لأن لحم الذكر حينئذٍ أطيب من لحمها، ففي معناها الكبش الذي قد نزا تكون الأنثى أطيب لحماً منه والمقصود من الهدايا لحامها لا نسكها، ولو فدى الأنثى بالذكر، فيه وجهان:

أحدهما: لا يجوز، لأن الأنثى أطيب لحماً وأطيب.

والثاني: يجوز، لأنهما في قدر اللحم سواء وربما يكون الذكر أكثر لحماً، والصحيح الأول، لأن الحنذ القليل خير من الكثير الذي هو دونه، وقيل: الوجه الثاني ظاهر المذهب.

مَسْأَلَةٌ: قالَ(٢): وإن جرح ظبياً فنقص من قيمته العشر، فعليه عشر من ثمن شاة.

إذا جرح ظبياً أو قطع طرفاً من أطرافه ضمنه بالجزاء. وقال داود: لا يضمن، وإنما يضمن القتل فحسب، وهذا غلط، لأن ما حرم إتلافه من الصيد كان مضموناً لنفسه، ولأنه حيوان مضمون، فيضمن بالجناية عليه كالآدمي واحتجّ بأن الله تعالى قيد الجزاء بالقتل، فقال: ﴿فَجَزَآءٌ مِّثْلُ مَا قَتَلَ﴾ [المائدة: ٩٥]، فدلّ أنه لا يلزم الجزاء بغيره، ولأن الكفّارة لا تجب بقطع طرف الآدمي، فكذلك ههنا قلنا دليل خطاب الآية يقتضي أن لا

---

(١) انظر الأم (٢/١٠٩).

(٢) انظر الأم (٢/١١٠).

يجب المثل بغير القتل، وكذا نقول.

وأمّا الكفّارة، فالجزاء يفارقها، لأنه يجري مجرى الغرامات، [٢٠٧/أ] بدليل أنه يلزم باليد بخلاف الكفّارة، فإذا تقرر هذا، فإذا جرح صيداً يقوّم وهو صحيح، ثم يقوّم وهو مجروح، فينظر كم نقص من قيمته، فإذا نقص عشر قيمته، قال الشافعي: عليه عُشر ثمن شاة.

وقال المزني: عليه عُشر شاة، فيدفع إلى المساكين ذلك مشاعاً واختلف أصحابنا في هذا، من قال: الأمر على ما قال الشافعي، لأنه نقص مضمون فكان بالقيمة كما لو غصب طعاماً فتلف أو سوس في يده، ولأن مراعاة الخلقة في الأبعاض متعددة، ولو اعتبرنا ذلك يلزمنا مقابلة الرجل بالرجل، إذا كانت الجناية على الرجل ومقابلة اليد باليد، وهذا محال، وهذا كالعدول في زكاة خمس من الإبل عن الجنس إلى الشاة للمشقّة، فعلى هذا يتخيّر بين أربعة أشياء بين أن يشتري عشر الشاة، كما قال المزني، وبين أن يشتري به طعاماً، ويتصدق به، وبين أن يصوم عن كل مدّ يوماً.

وقال صاحب «التقريب»: هذا لا يصحّ، لأنه لو كان كذلك لأوجب عُشر ثمن الظبي لا عُشر ثمن الشاة. والصحيح ما قال المزني، لأنه إذا أوجب المثل في تمامه وجب المثل في أبعاضه غير أن جزاء الصيد على التخيير.

قال الشافعي: ذكر الأسهل، وهو القيمة إذ في إخراج جزء من الحيوان مشقّة، ولعله لا يجد شريكاً يساعده فيه. والمزني بين ما هو الأصل، فلا اختلاف بينهما، وعلى هذا لا يؤدي القيمة، بل يصرف إلى الطعام، فيتصدق به، وإن وجد عُشر شاة، فله أن يتصدّق به.

ومن أصحابنا من قال: المذهب ما ذكر الشافعي، ولكنه بالخيار بين شيئين بين أن يخرج بعشر ثمنه طعاماً، فيتصدّق به أو يصوم عن كل مدّ يوماً، ولو أخرج عشر شاة أو عشر قيمة الشاة، لا يجوز، وهذا اختيار أبي إسحاق وجماعة، فإذا تقرّر هذا لا يخلو إذا جرح صيداً من ثلاث أحوال: إمّا [٢٠٧/ب] أن يسري إلى نفسه فيموت، أو يندمل، أو يعيب الصيد، ولا يدري، هل سرت الجراحة إلى نفسه أم لا؟ فإن سرت إلى نفسه، فعليه جزاؤه بلا إشكال كما لو قتله وإن اندمل نُظر، فإن كان غير ممتنع برجله كالغزال، أو يجناحيه كالحمام أو بهما كالتذرح والدراج فكسر ساقه وجناحيه، فعليه جزاء كامل، لأنه قد عطّله أوجعله في حكم التالف، نصّ عليه في «الجامع الكبير»، وبه قال أبو حنيفة. وفيه قول آخر يلزمه ما نقص فقط، لأنه لا يضمن الموجود، وإنما يضمن الغائب، ولو جاء محرم آخر وأبلغه يلزمه الجزاء على الجارح، وإن اندمل ممتنعاً، فعليه ما بين قيمته صحيحاً، وبين قيمته مندملاً.

وأمّا الذي يجب على ما ذكرنا من الخلاف وإن اندمل ولم يبق بعض بوجه، هل عليه أرش الجرح؟ وجهان، كما لو جرح آدمياً، فاندمل، ولم يبق شيء، ففي الحكومة وجهان.

وقال القفال: عليه شيء بمقدار ما يجتهد القاضي كذلك الوجع الذي أصابه، وإن غاب قبل الاندمال، لم يضمن جملته وعليه ما نقص، ولكن يقوّم ههنا صحيحاً، وجريحاً غير مندمل هلاّ اعتبرتم الاندمال ههنا؟ غير معلوم، فقوّمناه مجروحاً قبل الاندمال.

وقال مالك: يلزمه كمال قيمته حكاه الشيخ أبو حامد وأصحابه ينكرونه، لأن الظاهر يكفيه بها، وهذا غلط، لأنه يجوز أن يكون قد اندمل، ويجوز أن يكون قد سري، ولا يلزم الضمان بالشكّ. قال الشافعي: والاحتياط أن يفديه كامله، ولكن لا يلزم إلا اليقين، وقيل: مذهب مالك، إذا وجد ميتاً بعد ذلك، [٢٠٨/أ] ولا يدري هل مات من سراية الجراحة أم من سبب آخر؟ وإذا لم يعلم موته لا يلزم التمام.

فَرْعٌ

لو رمى إلى صيد فجرحه، ثم قتله آخر قبل الاندمال، فإن كان القاتل محلاً، فالحكم فيه كما لو انفرد المحرم بجرحه، وقد ذكرنا حكمه، وإن كان محرماً، فعلى الجارح ضمان ما نقص، وعلى المحرم مثله جريحاً من النعم، وإن لم يجد جريحاً من النعم عدل إلى القيمة.

فَرْعٌ آخرُ

لو رمى سهماً إلى صيد فأصابه ونفذ منه إلى صيد آخر فقتلهما كان عليه جزاؤهما، نصّ عليه في «القديم»، لأن لأول عمد، والثاني خطأ، وهما سواء.

فَرْعٌ آخرُ

قال في «القديم» أيضاً: لو رمى إلى صيد، فوقع على ولد له أو بيض، فتلفا، يضمن الصيد والولد والبيض، لأنه تلف لسبب فعله، ولو وقع على صيد آخر، فماتا يلزم ضمانهما أيضاً.

قال أصحابنا: ينظر فإن تحامل المجروح فمشى بعد الإصابة قليلاً، ثم سقط على صيد آخر يلزمه جزاء الصيد الذي رماه دون الآخر، لأنه مات من فعل الصيد، وكذلك لو عدا الصيد، وصدم الصيد الثاني لا شيء عليه في الثاني، وإن لم يتحامل، بل سقط من حدّ الجراحة في الحال على صيد آخر يلزمه جزأهما، لأن سقوط الصيد المرمي من فعله.

فَرْعٌ آخرُ

قال في «المناسك الكبير»[1]: لو ضرب بطن بقرة رقوب، فألقت جنيناً نظر، فإن ألقت جنيناً ثم ماتت يفدي أمها ببقرة وولدها ببقرة مولودة أصغر ما يمكن من ولد مثله، وإن مات أحدهما دون الآخر، فعليه مثل ما مات منهما، وإن ألقت جنيناً ميتاً وسلمت

---

(١) انظر الأم (٢/ ١٦٤).

الأم، فلا شيء عليه في الأم، لأنها لم تتلف، وأما الجنين فلا يمكن إيجاب المثل فيه، لأنه خرج ميتاً، ولكن يلزمه ما نقصت الأم بالإسقاط، فيقال: [٢٠٨/ب] كم قيمتها ماخضاً؟ فيقال: مائة، ويقال: كم قيمتها، وقد أسقطت؟ فيقال: تسعون، فيلزمه عُشر قيمتها.

وحكي عن أبي ثور أنه قال: يلزم في ولدها عشر قيمته للأم كما في جنين الأم. وهذا غلط. والفرق بينهما أن الحمل زيادة في البهائم، فأمكننا أن نوجب ما نقصت الأم بالوضع، والحمل نقص في بنات آدم والوضع زيادة، فلا يمكننا أن نلزم النقص، فأوجبنا فيه بالشرع شيئاً، مقدراً وإن سقطت ميتاً، ثم ماتت الأم أوجبنا عليه ما نقصت في الأم لأجل الإسقاط، ثم أوجبنا في الأم مثلها من النعم.

فَرْعٌ آخرُ

قال في «الأم»: لو كان المحرم راكباً على دابّة فأتلفت صيداً بفيها أو رمحته بيدها أو رفسته برجلها يلزمه الضمان، لأن يده عليها فيضمن جنايتها.

فَرْعٌ آخرُ

قال ابن المرزبان: لو قتل نعامة وأراد أن يخرج من الجزاء بقرة أو سبعاً من الغنم، فيه وجهان:

أحدهما: يجوز، لأنها تقوم مقام البدنة.

والثاني: لا يجوز مع وجود البدنة كما يقول في المفسد حجّته، وهذا أظهر عندي.

فَرْعٌ آخرُ

لو حلب من صيد لبناً، فأتلفه، قال أصحابنا: لا جزاء عليه، والفرق بينه وبين البيض أن يكون من البيض الصيد واللبن بمنزلة ريقه وبوله وبعره وورق الشجر، وذكر في «الشامل» أنه يضمنه، لأنه أتلف شيئاً من الصيد كالريش، وحكي عن أبي حنيفة أنه إن نقص الصيد بذلك ضمنه وإلا فلا.

فَرْعٌ آخرُ

لو رمى مُحِلٌّ سهماً إلى صيد، فقبل وقوعه عليه أحرم، ثم أصابه السهم. قال أصحابنا: لا جزاء عليه، لأنه كان حلالاً وقت الرمي وأبيح له ذلك. وقال والدي رحمه الله: ويحتمل أن يقال: ويلزمه الجزاء، لأن الاعتبار بحالة الإصابة، كما لو رمى [٢٠٩/أ] إلى مرتد فأسلم، ثم أصابه ومات يلزمه الديّة، وهذا أصحّ لأن تمكنه أن يحرم بعد الإصابة.

فَرْعٌ آخرُ

لو رمى، وهو محرم، ثم تحلّل، فإن قصّر شعره، ثم أصابه، وهو حلال، فيه وجهان: اعتباراً بالإصابة أو بوقت الرمي.

فَرْعٌ آخرُ

لو نَفَّر صيداً من الحرم حتى خرج إلى الحلّ فصاده آخر، فقتله، فإن كان القاتل محرماً، فالجزاء على القاتل دون المنفر، وإن كان القاتل حلالاً، فلا جزاء عليه. وأما المنفر، قال أصحابنا: إن كان حين نفره ألجأه إلى الحِلِ ومنعه من الحَرَم يلزمه الجزاء وإن كان حين نفره لم يلجئه إلى الخروج إلى الحلّ، ولا منعه من العود إلى الحرم، فلا ضمان على المنفّر، لأن الصيد غير ملجأ وفعل المباشرة أقوى، وقد قال رسول الله ﷺ: «الصيد لمن صاده لا لمن أثاره».

فَرْعٌ آخرُ

لو حفر المحرم بئراً في ملكه، فوقع فيها صيد لا نصّ فيه. وقال أصحابنا: ظاهر المذهب أنه لا يضمن سواء حفرها قبل إحرامه أو بعد إحرامه. وقال بعض أصحابنا: يحتمل أن يضمن بخلاف الآدمي إذا وقع فيه. ذكره ابن أبي أحمد، والفرق أن الآدمي مفرط في دخول ملكه بغير حق، فكان ضمانه هدراً بخلاف الصيد، لأنه غير منسوب إلى التفريط في دخول ملك غيره، فكان الضمان على الحافر.

فَرْعٌ آخرُ

لو حفر في الحرم فتلف فيه الصيد. قال القفال: نصّ الشافعي أن يضمن لحرمة البقعة، ولأن الحرم مأمن الصيد فلا يجوز أن يحدث ما يفوت به أمنه. وقال سائر أصحابنا: فيه وجهان: والقياس أن لا يضمن كما لو صعد صيد إلى سطحه، وتردّى إلى داره لم يضمنه، وقال في «الحاوي»[1]: [٢٠٩/ب] إن حفرها لأجل الصيد يضمن كما لو نصب شبكة وإن حفرها في ملكه لا للصيد، فيه وجهان.

فَرْعٌ آخرُ

لو كان راكباً على دابة فبالت في الطريق فزلق به صيد فتلف يلزمه الجزاء، نصّ عليه، وكذلك لو حفر بئراً في غير، فمات فيها صيد.

فَرْعٌ آخرُ

لو نصب شبكة أو أحبولة، وهو محرم فوقع فيها صيد، فتلف يلزمه الجزاء، ولو نصبها، وهو حلال، فوقع فيها صيد، وهو محرم، فظاهر المذهب أنه لا يضمن، لأن الشافعي قال: ولو جعل المحلّ في رأسه زاووقاً أي: زيقاً فقتل الدواب في رأسه، فلا فدية عليه، لأنه جعله في وقت كان له قتلها فيه.

وقال القفال: ما يحتمل في نصب الشبكة أن يفرق بين أن يكون في الحرم أو للإحرام كحفر البئر سواء ولم يصرح بهذا.

مَسْأَلَةٌ: قالَ[2]: وإذا قتل الصيد فإن شاء جزاه بمثله.

---

(١) انظر الحاوي للماوردي (٤/ ٣٠٧).

(٢) انظر الأم (٢/ ١١٠).

الفَصْلُ

قد ذكرنا أن جزاء الصيد على التخيير، وبه قال كافة الفقهاء، وروي عن ابن عباس والحسن وابن سيرين وزفر وأحمد في رواية أنه على الترتيب، لأن هدي المتعة على الترتيب، وهذا آكد منه لأنه يجب بفعل محظور، وهذا غلط، لأن الله تعالى قال: ﴿هَدْيًا بَالِغَ ٱلْكَعْبَةِ أَوْ كَفَّارَةٌ طَعَامُ مَسَٰكِينَ أَوْ عَدْلُ ذَٰلِكَ صِيَامًا﴾ [المائدة: ٩٥]، ولفظه أو إذا دخلت في الأمر كان للتخيير كما في فدية الأدنى، وأما ما ذكره يبطل فدية الحلاق، وروي عن أحمد أنه قال: لا يخرج الطعام، وإنما التقويم بالطعام لأجل الصيام، وهذا غلط، لأن الله تعالى سمى الإطعام كفّارة، ولا يصير كفّارة إلا بإخراجه، وإذا أراد تقويم المثل فيقوّمه حال ما يريد الاشتغال عنه إلى القيمة، فينظر كم قيمته في تلك الحالة؟ فيشتري بها [٢١٠/أ] الطعام، ولا يعتبر قيمته حال إتلاف الصيد بلا خلاف، لأنه لما قتل الصيد وجب المثل في ذمّته، فإذا أراد العدول عنه يعتبر القيمة حالة العدول لأنها في التقدير حالة وجوب القيمة ويقوم بسعر مكّة سواء قتل الصيد بمكة أو في الحل، لأنه يجب إخراج الجزاء فيه وإن لم يكن له مثل هل يعتبر قيمته حالة الوجوب أم حالة الإخراج للطعام؟ قال في موضع: يعتبر حالة الإتلاف، وقال في موضع: يعتبر حالة الإخراج، فمن أصحابنا من قال: يعتبر حالة الإتلاف قولاً واحداً، والموضع الذي قال: يعتبر حالة الإخراج، أراد في الصيد الذي مثل.

ومن أصحابنا من قال: فيه قولان:

أحدهما: الاعتبار بحالة الإخراج، لأنها حالة إسقاط الفرض.

والثاني: تعتبر حالة الإتلاف، لأنها حالة الوجوب، وهو الصحيح. والفرق بينه وبين الصيد الذي له مثل أن الواجب ههنا القيمة، وحالة وجوب القيمة حالة الإتلاف، فاعتبرنا القيمة في تلك الحالة وهناك الواجب المثل، واستقرّ في ذمّته عند الإتلاف، فإذا أراد الانتقال إلى القيمة يعتبر في تلك الحالة على ما بيّناه، ويعتبر القيمة ههنا في موضع الإتلاف نصّ عليه في «الأم»[1] في باب جزاء الطائر وذكره في «القديم» وفي موضع من «الإملاء»، وهو الصحيح، لأنه لما وجب اعتبار قيمته وقت القتل دون وقت التكفير كذلك تعتبر قيمته في موضع القتل دون موضع التكفير. وقال في «الإملاء»: عليه قيمته بمكّة لأنها وجبت لمساكين الحرم، وهو ضعيف.

مَسْأَلَةٌ: قالَ[2]: لا يجزئه أن يتصدّق بشيء من الجزاء إلا بمكّة.

قد ذكرنا أن كل دم تعلّق بالإحرام يجب تفريق لحمه على مساكين الحرم، وأن قوله: مكّة ومنى، [٢١٠/ب] ولم يذكر سائر الحرم ليس لتخصيص هذين الموضعين بهذا الحكم من جملة بقاع الحرم، وإنما خرج كلامه على العادة الجارية في تفريق اللحم، فإن عادة السلف تفرقته بمنى إذا كان الذبح بمنى وبمكّة إذا كان الذبح بالمروة،

---

(١) انظر الأم (٢/١٦٨).

(٢) انظر الأم (٢/ ١١٠).

ولم ينقل عنهم نقل اللحم من منى ومكّة إلى سائر بقاع الحرم إذ المساكين يزدحمون في أيام النحر على هذين البقعتين اللتين هما محلّ النحر في العادة، فالمستحبّ الاقتداء في ذلك بالسلف، وإذا أراد التكفير بالمثل لا يعطيهم إياه إلا بعد الذبح، وهكذا سائر الهدايا، فإن دفع إليهم حيّاً لم يجز حتى ينحره في الحرم سواء أصاب الصيد في حلّ أو حرم، ثم ينظر بعدما دفع حيّاً فإن أعلمهم أنه هدي له استرجاعه، وإن استرجع ونحره يتخيّر بين دفعه إليهم أو إلى غيرهم ولا يتعينون بالدفع الأول إليهم، لأنه لم يقع موقع الأجزاء، وإن لم يعلمهم ليس له الاسترجاع إلا أن يصدّقوه، والقول قولهم مع اليمين.

قال القاضي الطبري: وسمعت بعض شيوخنا يقول: إن شاء فرق لحمه وإن شاء سلم المذبوح إلى ثلاثة منهم وملكهم إياه، وهكذا عملت أنا بمنى لأني رأيته أخفّ وأقرب إلى التسوية بينهم فيها.

فَرْعٌ

أقلّ ما يجزئه أن يفرقه عليهم ثلاثة نفر إن كان قادراً إن دفع إلى اثنين مع قدرته على الثالث كان ضامناً لذلك، لأنه دفع واجباً عليه إلى غير مستحقّه، وفي قدر ضمانه وجهان:

أحدهما: يضمن الثلث مساواة بين جميعهم فيه.

والثاني: يضمن أقل ما يجزئ أن يعطي أحدهم من غير تقدير بالثلث، لأن المساواة بينهم والتفرقة لا تلزم.

فَرْعٌ آخرُ

قال في «المناسك»: يجزئه من فوره، فإن صدر من الحرم قبل أن يجزئه [٢١١/أ] وجه من يجزئه في الحرم.

فَرْعٌ آخرُ

إذا أراد أن يفرق الطعام. حكى ابن المرزبان عن ابن أبي هريرة أنه يطعم مدّاً مدّاً كما في سائر الكفارات، ويحتاج أن ينوي عند تفرقتة ذلك كما ينوي في الكفّارة. وقد ذكرنا قبل هذا أنه لا يتعذّر بمدّ ويجوز أقلّ منه ذكره في «الحاوي»(١).

فَرْعٌ آخرُ

ذكرنا في كيفية الصيام في جزاء الصيد. وقال طاوس والقاشاني: الاعتبار في الصوم بقدر ما يشبع الناس من الصيد، فإن كان الصيد مما يشبع منه واحد وجب على قاتله أن يصوم عنه يوماً، وإن كان يشبع منه عشرة وجب على قاتله صوم عشرة أيام، وهذا غلط لأن قوله تعالى: ﴿أَوْ عَدْلُ ذَٰلِكَ صِيَامًا﴾ [المائدة: ٩٥] ما يقتضي ما ذكرنا.

---

(١) انظر الحاوي للماوردي (٤/ ٣٠١).

مَسْأَلَةٌ: قالَ[1]: وإن أكل من لحمه فلا جزاء عليه.

اعلم أنه إذا اصطاد الحلال صيداً للمحرم لا يجوز لهذا المحرم أكله وحلّ لغيره من المحلّين والمحرمين سواء علم هو أو لم يعلم أمره أو لم يأمره أشار إليه أو لم يشر، وبه قال مالك وأحمد، وهكذا لو أعطاه سلاحاً حتى قتله.

وقال أبو حنيفة: إن كان الصيد ظاهراً لا يحتاج إلى دلالة لا يحرم عليه بدلالته، وكذلك إن دفع إليه سلاحاً، وهو يستغني عنه لا يحرم به، وإن اصطاد له الحلال لا يحرم أيضاً ما لم يكن له فيه معونة أو أمر به واحتج بما روي أن أبا قتادة رأى حمار وحش، وهو محلّ وأصحابه محرمون، فركب فرسه. وقال لأصحابه: ناولوني السوط، فلم يفعلوا، فقال: ناولوني الرمح، فلم يناولوه فأخذ الرمح وشدّ على الحمار، فقتله.

وقال لأصحابه: كلوا فامتنعوا، فلما لحقوا رسول الله ﷺ أخبروه بذلك [٢١١/ب]، فقال لهم: «هل أعنتم؟ هل أشرتم؟»، قالوا: لا، قال: «فكلوا ما بقي»[2]، فدلّ على أن التحريم إنما يتعلق بالإشارة والإعانة، وهذا غلط لما روى جابر أن النبي ﷺ، قال: «لحم الصيد حلال لكم ما لم تصيدوه أو يصد لكم»[3].

وروى «صيد البرّ لكم حلال ما لم تصيدوه أو يصد لكم»[4]، لأنه صيد للمحرم، فكان محرماً عليه كما لو أمر أو أعان. وأمّا خبر أبي قتادة، فلا حجّة، لأنه لم يصطد لهم، فلهذا أباح لهم، وإن لم يصطد له، ولا كان من جهته تأثير فيه كان له أن يأكل منه، وبهذا قال جماعة الفقهاء والصحابة.

وروي عن علي وابن عباس وطاوس رضي الله عنهم أنهم قالوا: لحم الصيد حرام على المحرم بكل حال وكرهه سفيان والثوري وإسحاق واحتجّوا بما روي أن النبي ﷺ مرّ بالصعب بن جثامة بالأبواء أو بودان، فأهدى له حماراً وحشياً فردّه عليه، فلما رأى رسول الله ﷺ في وجهِهِ الكراهية، قال: «ليس بنا ردّ عليك، ولكنا حرم»[5].

وروي: أهدى إليه رجل حمار وحش، والأول أصحّ. وروي أن الحارث كان خليفة عثمان على الطائف فصنع لعثمان طعاماً فيه الحجل واليعاقيب واليعاقيب ذكر الحجل ولحوم الوحش، فبعث إلى علي رضي الله عنه فجاء، فقالوا له: كل، فقال: أطعموه قوماً حلالاً، فأنا حرم، ثم قال علي: أنشد الله من كان هنا من أشجع أتعلمون أن رسول الله ﷺ لما أهدى إليه رجل حمار وحش أبى أن يأكله، قالوا: نعم، وهذا غلط

---

(١) انظر الأم (٢/١١١).
(٢) أخرجه مسلم (٦٤/١١٩٦).
(٣) أخرجه أحمد (٣/٣٨٩)، وعبد الرزاق (٨٣٤٩)، والبيهقي (٩٩٢١).
(٤) أخرجه أبو داود (١٨٥١)، والترمذي (٨٤٦)، والنسائي (٢٨٢٧)، وأحمد (٣/٣٦٢)، وابن خزيمة (٢٦٤١)، وابن حبان (٩٨٠)، والدارقطني (٢/١٩٠)، والبيهقي في «الكبرى» (٩٩٢٢).
(٥) أخرجه البخاري (٣/٢٠٩)، وأحمد (٤/٧٢)، والبيهقي في «الكبرى» (٩٩٢٦، ٩٩٢٧)، وفي «معرفة السنن» (٣١٧٩).

لما روي من خبر أبي قتادة(١)، وروي فيه أن النبي ﷺ قال: «إنما هي طعمة أطعمكموها الله» [٢٠٤/ب].

وروي أنه قال: «هل معكم من لحمه شيء». وأيضاً خبر جابر الذي ذكرنا. وأمّا ما ذكروا إنما ردّ رسول الله ﷺ، لأنه ظنّ أنه صيد من أجله وتركه على التنزّه، أو كان حياً، لأنه قال: «حمار وحش»، فإذا تقرر هذا فلو أكل من هذا الصيد الذي حرمنا عليه أكله، هل يلزمه الجزاء بأكله؟ فيه قولان، قال في «القديم»: يلزمه الجزاء بقدر ما أكله. وبه قال مالك وأحمد، وقال في «الجديد»: لا جزاء عليه. وهذا أصحّ، لأنه أكل من لحم صيد، فلا يلزمه الجزاء به، كما لو قتله وأكله لم يلزم الجزاء بالقتل دون الأكل واحتجّ مالك بأنه محظور إحرامه كما لو قتله.

قلنا: لأنه بالقتل أتلف صيداً نامياً بخلاف هذا.

فَرْعٌ

إذا قلنا: يلزمه الجزاء، فيه ثلاثة أوجه:

أحدها: يكون ضامناً مثله لحماً من لحوم النعم يتصدّق به على مساكين الحرم. وبه قال أحمد.

والثاني: يضمن بمثله من النعم، فإن أكل عشر لحم الظبي يلزمه عشر شاة.

والثالث: يضمن بقيمة ما أكل دراهم يتصدّق بها إن شاء، أو يصرفها في طعام ويتصدّق به، ذكره في «الحاوي»(٢).

فَرْعٌ آخرُ

إذا باشر المحرم قتل الصيد لم يحلّ له أكله، وهل يحلّ لغيره من المحرمين والمحلّين؟ قولان. قال في «القديم»: يحلّ، وذكاته مبيحة له. وقال في «الجديد»: لا يحلّ، وتكون ميتة. وبه قال مالك وأبو حنيفة وأحمد. وقال أصحابنا: قول «القديم» أصحّ في هذه المسألة لأن كل من أباحت ذكاته غير الصيد أباحت الصيد كالمحلّ، فإذا قلنا بالأول يلزمه الجزاء في حق الله تعالى، وما نقص الذبح للآدمي. وإذا قلنا بالثاني يلزمه تمام القيمة في حق المالك [٢١٢/ب].

فَرْعٌ آخرُ

إذا قلنا بالقول الأول، أو الثاني: لو أكل منه لا يلزمه الجزاء ويفارق المسألة قبلها في أحد القولين، وذلك أن هناك لم يجب بالقتل شيء، فجاز أن يلزمه الجزاء بالأكل. وههنا وجب بالقتل الجزاء، فلا يجب بالأكل شيء آخر. وبه قال مالك وأحمد وأبو يوسف ومحمد.

---

(١) أخرجه البخاري (١٨٢٤)، ومسلم (٦٠/ ١١٩٦).

(٢) انظر الحاوي للماوردي (٤/ ٣٠٦).

وقال أبو حنيفة: يلزمه قيمة ما أكل، وهذا غلط لأنه صيد ضمنه بالقتل، فلا يضمنه بالأكل كصيد الحرم أو يقيس على ما لو جاء محرم آخر وأكله لا جزاء، وكذلك لو شوى بيضة وأكلها لا يلزمه بالأكل شيء، ولأن عنده ذبيحة الحرم ميتة، فكيف يلزم الضمان بإتلاف الميتة؟.

فَرْعٌ آخرُ

إذا حلّ من إحرامه لا يحلّ له أكله أيضاً قولاً واحداً. ومن أصحابنا من ذكر وجهاً آخر أنه يحلّ له أكله على القول الأول.

فَرْعٌ آخرُ

لو قتل الحلال صيداً في الحرم، فيه طريقان:

إحداهما: فيه قولان.

والثاني: يصير ميتة قولاً واحداً، والفرق أن صيد الحرم ممنوع على سائر الناس، فصار كالحيوان الذي لا يؤكل بخلاف صيد الحلّ فإنه حلال لقوم دون قوم، وقيل: إن الشافعي نصّ في «الإملاء» على هذا الفرق، وهو ضعيف، لأن هذا الصيد في حق المحرم كصيد الحرم في حق الكافر وكما يزول هذا التحريم عند التحلّل يزول تحريم ذاك عند مفارقة الحرم.

مَسْأَلَةٌ: قالَ[1]: لو دلّ على صيد كان مسيئاً ولا جزاء عليه.

الفَصْلُ

عندنا الصيد لا يضمن بالدلالة، إنما يضمن بالجناية، أو اليد فإذا دلّ المحرم محرماً على صيد في الحلّ فقتله وجب الجزاء على القاتل دون الدال، وكذلك لو دلّ الحلال محرماً، فقتله، ولو دلّ المحرم حلالاً على [٢١٣/أ] صيد، فقتله لا جزاء على واحد منهما، وهو مسيء في ذلك، لأن عقد الإحرام أوجب عليه احترام الصيد فإذا دلّ عليه ناقض أصل موضوعه.

وبه قال مالك وأبو ثور. وروي ذلك عن ابن عمر رضي الله عنهما. وقال مجاهد وعطاء وحماد: إن دلّ محرم محرماً يلزم الجزاء عليهما، نصفين، وإن دلّ محلّ محرماً وجب تمام الجزاء على المدلول، وإن دلّ محرم حلالاً وجب تمام على الدالّ.

وقال أبو حنيفة والثوري: يلزم على كل واحدٍ منهما جزاء كامل إذا كانا محرمين وإن دلّ محرم حلالاً وجب الجزاء على الدال وحده، وإن دلّ محلّ محرماً وجب الجزاء على المحرم دون الدالّ. واحتجّ الشافعي عليهم بقوله: «كما لو أمر بقتل مسلم لم يقتص منه، كان مسيئاً»، كذلك ههنا وتحريره أن ما ضمن بالجناية، لا يضمن بالدلالة كالآدمي وصيد الحرم.

---

(١) انظر الأم (٢/ ١١١).

فَرْعٌ

لو أمسك المحرم صيداً ثم جاء حلال فذبحه، قال أصحابنا: الجزاء على الممسك دون القاتل، لأن المحرم ضمن بالإمساك، فإذا تلف في يده بذبح الحلّ استقرّ عليه الضمان كما لو مات حتف أنفه، وهذا المحلّ القاتل أتلف صيداً ليس بمملوك، لأحد لأن المحرم لم يملكه بإمساكه، فلا ضمان عليه ولو كان القاتل محرماً، فيه وجهان:

أحدهما: يجب الجزاء على القاتل دون الممسك، لأن الإمساك سبب غير ملجىء اجتمع مع المباشرة، فتعلّق الضمان بالمباشرة دون السبب كما لو أمسك آدمياً، ثم جاء آخر قتله.

والثاني: يجب عليهما نصفين، لأن الإمساك لو انفرد تعلق به الضمان، وكذلك القتل لو انفرد، فإذا اجتمعا تعلق الضمان بهما كما لو جرحا صيداً، ويفارق إمساك الآدمي، لأنه لو انفرد لا يتعلق به الضمان. [٢١٣/ب] وهكذا الحكم في المحلّ إذا أمسك صيداً في الحرم ثم جاء آخر فقتله يجب الجزاء وعلى من يجب، فيه وجهان.

وقال القاضي الطبري: لم يرد أصحابنا على هذا، ولا أعرف كلتا المسألتين للشافعي الذي يجب عندي على أصل الشافعي، أن يجب الجزاء على المحرم في المسألة الأولى، لأنه ضمنه باليد، ولكن إذا أحرمه رجع به على الحلال، لأنه هو المتلف له، وهو السبب في وجوب الضمان عليه، والحكم في كيفية الرجوع كما بيّناه في الحلال إذا حلق رأس المحرم بغير أمره مكرهاً، أو نائماً.

وفي المسألة الثانية، كل واحد منهما صار ضامناً له، أمّا الممسك فقد ضمنه باليد. وأمّا القاتل فقد ضمنه بالإتلاف، فكلّ واحد منهما مخاطب بالغرامة، والضمان، فإن أخرج الممسك رجع على المتلف لأنه هو المباشر لإتلافه وإن أخرج القاتل لم يرجع به على الممسك كما نقول فيمن غصب مالاً فجاء آخر وأتلفه في يد الغاصب لصاحبه أن يغرم أيّهما شاء، فإن غرم الغاصب رجع على المتلف وإن غرم المتلف لم يرجع على الغاصب، وقيل: ما قاله القاضي في المسألة الثانية، أقيس. وما قاله سائر أصحابنا في المسألة الأولى، أقيس.

فَرْعٌ آخرُ

صيد الحرم محرم مضمون على كل أحدٍ كصيد الحلّ مضمون على المحرم، فيلزمه الجزاء ويتخيّر بين الأنواع الثلاثة. وبه قال مالك وأحمد. وقال أبو حنيفة: لا يدخل الصوم في جزائه، وهذا غلط، لأن ما ضمن به الصيد في حق المحرم ضمن صيداً يحرم كالهدي والإطعام. وقال داود: لا جزاء في صيد الحرم، وهذا غلط، لأن هذا الصيد ممنوع من قتله لحق الله تعالى فأشبه الصيد [٢١٤/أ] في حق المحرم.

فَرْعٌ آخرُ

لو ملك الحلال صيداً في الحلّ ثم أدخله الحرم حلّ له ذبحه وأكله والتصرف فيه بالبيع والهبة. وبه قال مالك، وقال أبو حنيفة وأحمد: لا يجوز له التصرف فيه، ويلزمه الجزاء بقتله، وهذا غلط، لأنه ملكه أدخله الحرم كما لو قلع شجرة من الحلّ وأدخلها الحرم.

مَسْأَلَةٌ: قالَ[1]: ومن قطع من شجر الحرم شيئاً جزاه.

الفَصْلُ

لا يجوز قطع شجر الحرم والدليل عليه ما روى أبو هريرة رضي الله عنه، قال: لما فتح الله تعالى على رسول الله ﷺ مكّة قام رسول الله ﷺ فيهم، فحمد الله وأثنى عليه، ثم قال: «إن الله تعالى حبس عن مكّة الفيل، وسلّط عليها رسوله والمؤمنين، وإنما أحلت لي ساعة من نهار، ثم هي حرام إلى يوم القيامة لا يعضد شجرها ولا ينفر صيدها ولا تحلّ لقطتها إلا لمنشدٍ»، فقال العباس: يا رسول الله إلا الإذخر، فإنه لقبورنا وبيوتنا، فقال رسول الله ﷺ: «إلا الإذخر، إلا الإذخر»، فقام أبو شاه، رجل من أهل اليمن، وقال: اكتبوا لي يا رسول الله، فقال رسول الله ﷺ: «اكتبوا لأبي شاه»[2]، يعني هذه الخطبة. وقوله: «لا يعضد»، أراد: لا يقطع. والعضد: القطع. وقوله: لا ينفر، يعني: لا يتعرض له بالاصطياد.

وقال سفيان بن عيينة: معناه أن يكون الصيد أيضاً في ظلّ الشجرة، فلا ينفره الرجل ليقعد، فيستظلّ مكانه، والمنشد: المعرف.

وروى ابن عباس في هذا الخبر: لا يختلى خلاؤها، والخلا: الحشيش، فإذا تقرر هذا، فهو مضمون على المحرم والمحلّ [٢١٤/ب]. وقال مالك وداود وأهل الظاهر وأبو ثور: هو ممنوع منه، ولكن لا يلزم الجزاء بقطعه. وذكر بعض أصحابنا بخراسان: أن الشافعي قال في «القديم»: لا جزاء إلّا في ذي روح، وهذا غلط، لما روي عن ابن عباس رضي الله عنهما أنه قال: في الدوحة بقرة وفي الجزلة شاة، والدوحة: الكبيرة والجزلة: الصغيرة.

وقال ابن الزبير في «الكبيرة»: بقرة وفي «الصغيرة»: شاة[3]، ولا مخالف لهما.

فَرْعٌ

الشجر الذي أنبته الله تعالى في الموات في الحرم حكمه ما ذكرنا، وكذلك لو أنبته الله تعالى في الأملاك، ويريد ههنا: ضمان القيمة للآدمي، ولو غرسه الآدمي في موات

---

(١) انظر الأم (٢/١١١).

(٢) أخرجه البخاري (١٨٣٤، ٣١٨٩)، ومسلم (٤٤٥/١٣٥٣).

(٣) أخرجه البيهقي في «الكبرى» (٩٩٥٠)، وفي «معرفة السنن» (٤/٢٠٣).

الحرم ظاهر المذهب، أنه يلزم فيه الجزاء، ومن أصحابنا من قال: لا جزاء فيه، لأن ما كان من غرس الآدمي فهو كالحيوان الأهلي.

وأشار الشافعي إلى هذا في «الإملاء»، لأنه قال: ومن قطع من شجر الحرم فعليه الجزاء لأنه لا مالك له، وقيل: هذا لا يدلّ على ما ذكره هذا القائل، وإنما علّل بهذا في وجوب الجزاء خاصة، لأن في الشجر المملوك يجب مع الجزاء القيمة.

وقال أبو حنيفة: ما نبته الآدميون يجوز قطعه وما لا نبته الآدميون ينظر فيه، فإن أنبته آدمي جاز قطعه، وإن نبت بنفسه لم يجز قطعه لظاهر الخبر الذي ذكرنا، ولم يفرق، ولأنه شجرة نابتة غير مؤذية نبت أصلها في الحرم، فوجب أن يحرم قطعها أصله ما نبت بنفسه مما لا ينبته الآدميون.

فَرْعٌ آخرُ

الجزاء إنما يجب في الشجر الذي يكون غضّاً لا شوك فيه كالبلوط وشجر الجبال، فأمّا إذا قطع شجرة يابسة، فلا جزاء فيه، لأنها بمنزلة الصيد الميت، وكذلك [٢١٥/أ] لو قطع الشوك والعوسج، فلا جزاء أيضاً، لأنه يؤذي كالسبع والبهائم المؤذية.

فَرْعٌ آخرُ

قال بعض أصحابنا: لو كانت الشجرة قد انتشرت أغصانها ومنعت الناس الطريق وآذتهم، يجوز أن يقطع منها ما يؤذي.

فَرْعٌ آخرُ

قال الماسرجسي: الأشجار الثابتة في الحرم ضربان: ضرب أنبته الآدميون مثل الكمثرى والتفاح، ونحوهما مما يتولى بنو آدم زراعته وغرسه لا جزاء فيه. هكذا ذكره الداركي من أصحابنا، وأهل خراسان. وهذا خلاف مذهب الشافعي، لأنه أطلقه من غير تفصيل وعليه أكثر أصحابنا، ونصّ عليه في «القديم» فقال: ويقطع السواك من فرع الشجرة ويأخذ الثمر والورق فيه للدواء إذا كان لا يميته، فدلّ هذا على أنه يلزم الجزاء في الثمرة.

وقال أبو حامد: فيه طريقان:

أحدهما: فيه قولان.

والثاني: يلزم فيه الجزاء قولاً واحداً.

فَرْعٌ آخرُ

لو حمل من الحلّ شجرة وأنبتها في الحرم لا جزاء فيها لأن ذلك، ليس من شجر الحرم وإنما شجر الحرم ما نبت أصله فيه، وهو كما لو أدخل صيداً في الحرم لا يحرم ذبحه.

فَرْعٌ آخرُ

لو قلع شجراً من الحرم وغرسه في الحلّ، فإن مات يلزمه الجزاء، وإن نبت وجب

عليه قلعه ونقله إلى الحرم وغرسه فيه، فإن نقله وغرسه ونبت، فلا شيء عليه، وإن مات فعليه الجزاء، فإن جاء غيره فقلعه من الحلّ، فمات يضمنه القالع بالجزاء، فإن قيل: أليس قلتم لو نفر صيداً من الحرم حتى رجع إلى الحلّ فاصطاده صائد في الحل لا يضمن؟ فقولوا: في الشجر مثله!! قلنا: الاعتبار في الشجر بمنبته وقد ثبت له حكم الحرم، ولهذا يجب ردّه إليه، [٢١٥/أ] لأن الشجر لا ينتقل من محلّ إلى محلّ، وليس كذلك الصيد، فإن الاعتبار فيه بنفسه، لأنه تارة يكون في الحلّ وتارة يكون في الحرم، فإذا فارق الحرم لم يثبت له حكمه، ولهذا لا يجب ردّ الصيد إلى الحرم، لأنه يقدر على الرجوع بنفسه إلى الحرم.

فَرْعٌ آخرُ

لو قلع شجرة من الحرم وغرسها في موضع آخر من الحرم، فإن نبت في الموضع الذي حولها إليه، فلا شيء عليه، وإن لم ينبت فعليه الجزاء، ولأن عليه نقلها إلى موضعها لأن حرمة جميع الحرم واحدة.

فَرْعٌ آخرُ

لو نبتت شجرة بعض أصلها في الحلّ. والثاني في الحرم فالحكم فيه كما لو كان كل أصلها في الحرم تغليباً للتحريم.

فَرْعٌ آخرُ

لو كان أصلها في الحرم وأغصانها في الحلّ، فقطع غصناً منها يلزم الجزاء اعتباراً بأصلها، ولو كان على هذا الغصن صيداً يعتبر مكان الصيد في وجوب الجزاء، فإن كان في الحرم يلزم الجزاء، وإن كان في الحلّ لا جزاء.

فَرْعٌ آخرُ

في كيفية الجزاء، قال الشافعي في «الإملاء»: القياس أن يلزم فيها القيمة، ولكنا تركناها لما روينا عن الصحابة، ففي الصغير شاة، وفي الكبير بقرة.

وقال بعض أصحابنا بخراسان: في الكبير بقرة، وفي أصغر منها شاة، وفي أصغر منها قيمته.

وقال أبو حنيفة: لا يتعذر الجزاء فيها ويضمن بقيمتها.

فَرْعٌ آخرُ

لو قطع غصناً منها، قال الشافعي في موضع: فيه درهم وليس هذا بمذهب، بل حكاه عن قوم ومذهبه فيه، أنه يلزمه ما نقص من قيمته إن لم يستخلف كما لو جرح صيداً، وإن استحلف، فيه قولان:

أحدهما: لا شيء عليه، لأنه عاد إليه كالذي كان وقد قال الشافعي في «القديم»: ويقطع السواك من فرعها، وأراد إذا كان مما يستخلف.

والثاني: يلزمه ضمانه، لأن الذي عاد غير الذي أتلفه [٢١٦/أ].

فَرْعٌ آخرُ

لو أراد أن يأخذ الورق للدواء والعلف والأغصان الرطبة لا لعطبة التي تحل محل الورق. نصّ في «القديم»: أن له ذلك. وقال في «الإملاء»: لا يخبط ورق الشجر للدواب، لأن عمر رضي الله عنه رأى رجلاً يخبط شجراً في الحرم، فنهاه عنه، وليست المسألة على قولين، بل هي على اختلاف حالين، فالذي قال: له ذلك إذا أخرط أوراقها، ولا يفسد الأغصان الكبار، والذي قال: ليس له ذلك أراد إذا خبط أغصانها فخدش به الأغصان، والشجر ويضر بها وربما يكسرها. وهذا لأن الورق مما يستخلف، فهو بمنزلة لبن الصيد لا يمنع منه المحرم كنتف ريش الطائر، لأنه يضر به ويمنعه الطيران بخلاف أخذ الأوراق.

وقال في «الحاوي»[1]: إن كان الورق جافاً يجوز أخذه وإن كان رطباً لا يجوز، لأن فيه إضراراً بالشجر، فإن فعل، ولم يمت الشجر فقد أساء ولا شيء لأنه استخلف مع بقاء الشجر، وكذلك إن أخذ مسواكاً من أراك.

فَرْعٌ آخرُ

حشيش الحرم، ممنوع من أخذه وبيعه إلا الإذخر، فإنه يجوز أخذه لما ذكرنا، فإن أخذ من غير الإذخر شيئاً فقد أساء، ونظر فإن كان مما استخلف، فلا جزاء عليه، وإن كان مما لا يستخلف، فعليه الجزاء، وهو ما نقصه بالقطع، وكذلك إذا قلعه من أصله، وإن استخلف ناقصاً ففيه ما نقص، وقيل: يتصدق عنه بشيء، ويفارق هذا النقص إذا عاد بعد القطع هل يلزم الجزاء؟ فيه قولان: وههنا قول واحد إنه لا جزاء لأن الأغصان لا تستخلف في غالب العادة بخلاف الحشيش، وهو كما قلنا في سن من لم يتغير إذا نبتت لا دية قولاً واحداً.

وفي سن من قد تعد إذا نبتت قولان لهذا المعنى.

فَرْعٌ آخرُ

يجوز رعي حشيش الحرم، فيرسل [٢١٦/ب] عليه الأغنام. وقال أبو حنيفة: لا يجوز ذلك، لأنه لا يجوز إتلافه فلا يجوز أن يرسل عليه من يتلفه، وهذا غلط، لأن الهدايا كانت تحمل إلى الحرم، وتكثر فيه، ولم ينقل: أنه كان يسد أفواهها لئلا ترعى، ولأن بهم حاجة إلى ذلك فجاز كما قلنا في قطع الإذخر والعوسج، ولأن الناس كانوا يرعون بهائمهم فيه من لدن رسول الله ﷺ إلى يومنا هذا، ولم ينكر منكر. وقد روى في خبر أبي هريرة رضي الله عنه إلا علف الدواب.

فَرْعٌ آخرُ

قال في «القديم» فأما ماء زمزم، فلا أكره الخروج به. وقد روي أنّ سهيل بن عمرو

---

(١) انظر الحاوي للماوردي (٤/ ٣١٣).

أهدى للنبي ﷺ راوية منه[١]. وروي أن عائشة رضي الله عنه كانت تنقل ماء زمزم وتخبر أن رسول الله ﷺ كان يحمله[٢]، وهذا لأن الماء يستخلف مكانه.

فَرْعٌ آخرُ

قال في «الجامع الكبير»: ولا جبر في أن يخرج من حجارة الحرم ولا من ترابه شيء إلى الحل، لأن له حرمة. وقال في «القديم»: وأكره أن يخرج من حجارة الحرم، أو ترابه شيء إلى غيره. وقال: ورخّص ذلك بعض الناس، واحتجّ بشراء البرام من مكّة، والبرام في الحلّ على يومين وثلاثة من الحرم يريد به أن البرام ليست من حجارة الحرم، وهذا يدلّ على أنه يجوز ذلك ويكره.

وذكر بعض أصحابنا: ما يدلّ على أنه حرام، ولكنه لا يضمن، وهو خلاف المذهب. وروي عن ابن عباس وابن عمر رضي الله عنهما أنهما كانا يكرهان أن يخرج من تراب الحرم إلى الحلّ أو يدخل من تراب الحل إلى الحرم[٣]. وروي عن عبد الأعلى بن عبدالله بن عامر، قال: قدمت مع أمي ومع جدي مكّة فأتينا صفية بنت شيبة، فأهدت لنا حجراً من أحجار الدار [٢١٧/أ] إكراماً لنا، فأخرجناه من الحرم فمرضنا كلنا، فقالت أمي وجدي: ما أرانا أصبنا هذا إلا أنا أخرجنا هذه القطعة من الحرم وكنت أمثل القوم، فقالت لي: ردها إلى الحرم، وقل لصفيّة: إن الله وضع في حرمه شيئاً، فلا ينبغي أن يخرج منه، فرددته إليها، فلما رجعت إلى أصحابي فكأننا نشطنا من عقال[٤].

مَسْأَلَةٌ: قالَ[٥]: وسواء ما قتل في الحرم أو الإحرام. مفرداً كان أو قارناً، فعليه جزاء واحد القصد به أن الحرمات الموجبات للفدية إذا اجتمعت تداخلت وصارت كالحرمة الواحدة، فإذا قتل صيداً في الحرم والإحرام في الإفراد أو القران، يلزم جزاء واحد، وكذلك القارن إذا تطيّب أو لبس يلزمه جزاء واحد. وبه قال أحمد في أشهر الروايتين عنه. وقال أبو حنيفة: يلزم القارن جزءان، وهذا غلط، لأن المقتول واحد، فلا يجب بقتله إلا جزاء واحد.

مَسْأَلَةٌ: قالَ[٦]: ولو اشتركوا في قتل صيد لم يكن عليهم إلا جزاء واحد. إذا اشترك جماعة من المحرمين في قتل لا يلزمهم إلا جزاء واحد. وبه قال عمر وابن عمر وعبد الرحمٰن بن عوف وعطاء وحماد والزهري وأحمد وإسحاق وأبو ثور. وقال مالك وأبو حنيفة: يلزم على كل واحد منهم جزاء كامل. وبه قال الحسن والشعبي والثوري،

---

(١) أخرجه البيهقي في «الكبرى» (٩٩٨٦).

(٢) أخرجه الترمذي (٩٦٣)، والحاكم (١/ ٤٨٥)، والبيهقي في «الكبرى» (٩٩٨٨).

(٣) أخرجه البيهقي في «الكبرى» (٩٩٨٥)، وفي «معرفة السنن» (٣٢٠٠).

(٤) أخرجه البيهقي في «الكبرى» (٥/ ٢٠٢)، وفي «معرفة السنن» (٤/ ٢١١).

(٥) انظر الأم (٢/ ١١١). (٦) انظر الأم (٢/ ١١١).

واحتجوا بأن هذه كفّارة يدخلها الصوم ككفّارة قتل الآدمي، وهذا غلط، لأن المقتول واحد، فيلزم بقتله جزاء واحد كما لو اشتركوا في قتل صيد الحرم يلزمهم جزاء واحد بالاتفاق.

وروي أن موالي لابن الزبير أحرموا فمرت بهم ضبع فحذفوها بعصيهم، فأصابوها، فأتوا ابن عمر رضي الله عنه، فذكروا ذلك له، فقال: عليكم كبش، فقالوا: على كل واحد منا كبش [٢١٧/ب]، فقال: إنكم لمعزرتكم، أي: مشدد عليكم أن ألزم كل واحد منكم كبشاً عليكم جميعاً كبش، وأمّا كفّارة قتل الآدمي. قال صاحب «الإفصاح»: قال الشافعي في كتاب «الشاهد واليمين»: يلزمه كفّارة واحدة والمشهور أنه يلزم على كل واحدٍ منهم كفّارة كاملة. والفرق أن ذلك كفّارة لا يختلف باختلاف المقتول من الصغير والكبير ولا ينقص، وهذا يشبه الغرامة من جهة التبعض والاختلاف بالصغر والكبر، فيلزمهم واحد وعلى هذا المحلّ والمحرم إذا اشتركا في قتل صيد في الحلّ يلزم على المحرم نصف الجزاء، ولا شيء على المحلّ وعند أبي حنيفة يلزمه كل الجزاء.

مَسْأَلَةٌ: قالَ[١]: وما قتل من الصيد لإنسان، فعليه جزاؤه للمساكين وقيمته لصاحبه.

قصد به الردّ على مالك حيث قال: إذا قتل صيداً مملوكاً تلزمه القيمة لصاحبه ولا جزاء فيه بحال لأنه بملكه، خرج عن الصيد الوحشي إلى حكم الإنسي. وبه قال المزني في «المنثور» وأصحاب مالك الآن ينكرون هذا من مذهبه، والدليل على ما ذكرنا أنه كفّارة تجب بقتل الحيوان الذي ليس بمملوك، فجاز أن يجب بالمملوك ككفّارة قتل للآدمي، ولأن الجزاء والقيمة حقّان لمستحقين، فجاز اجتماعهما، واحتجّ الشافعي بأن قال: لو جاز إذاً تحولت حال الصيد عن التوحش إلى الاستئناس أن يصير حكمه حكم الأنفس جاز أن يضحي به ويجزي به ما قتل من الصيد، أي: يجعله جزاء إذا قتل وحشياً مثله، ويجوز أن يقال: إذا توحّش الإنسي من البقر والإبل أن يكون صيداً في الحكم يجزئه المحرم، ولا يضحّي به، وكل على أصله، أي: لا يتغير [٢١٨/أ] حكم الوحشي بالاستئناس، ولا حكم الإنسي بالتوحش.

مَسْأَلَةٌ: قالَ[٢]: وما أصاب من الصيد فداه إلى أن يخرج من إحرامه.

قصد به بيان الإحلال الذي يبيح له قتل الصيد بلا جزاء وفسر خروجه من العمرة على القول المشهور أن الحِلاق من النسك، وكذلك الخروج من الحجّ ذكر على القول المشهور، وأفتى على ظاهر مذهبه أن قتل الصيد يحلّ بالخروج الأول من الحجّ وقد شرحنا ذلك وههنا إشكال وذلك أنه أجاب على أن الحلاق من النسك، ثم ذكر أن للعمرة خروجاً واحداً، وللحجّ خروجين، وعلى هذا القول للعمرة خروجان أيضاً، فالأول، بالطواف والسعي. والثاني، بالحلاق، فلو وطىء قبل الحلاق لا تفسد عمرته،

---

(١) انظر الأم (٢/ ١١١ ـ ١١٢).
(٢) انظر الأم (٢/ ١١٢).

ولكن يلزمه بدنة كما لو وطىء بعد الوقوف في الحجّ لأنه أتى بمعظم أفعالها، وكان الأولى أن يذكر للعمرة خروجين أيضاً، ذكره الشيخ أبو محمد الجويني في «المنهاج».

فَرْعٌ

لو رمى مُحِلّ في الحلّ إلى صيد في الحرم، فقتله يلزمه الجزاء، وكذلك إذا كان في الحرم والصيد في الحلّ فرماه، فقتله وجب عليه الجزاء لأن من كان في الحرم لا يجوز له قتل الصيد في الحرم ولا في الحل.

فَرْعٌ آخرُ

لو كان الحلال في الحلّ فرمى إلىٰ صيد في الحلّ، فدخل السهم الحرم ونفذ إلى الحلّ وأصاب الصيد. قال الشافعي: لا جزاء عليه لأن الرامي في الحلّ والصيد في الحلّ. ومن أصحابنا من قال: عليه الجزاء، لأن السهم عبر على الحرم، فصار كأنه ابتدأ منه.

فَرْعٌ آخرُ

قال في «الإملاء»: لو حبس الحلال في الحلّ صيداً له فرخ في الحرم، فمات الصيد والفرخ في الحرم، فمات الفرخ من الجوع يلزمه الجزاء في الفرخ دون [٢١٨/ب] الأم، لأن الأم قتلها في الحلّ، فلم يضمنها، والفرخ مات بسببٍ من جهته في الحرم، فلزمه ضمانه.

فَرْعٌ آخرُ

قال: وإن كان الحلال في الحرم فحبس طيراً في الحرم، وله فرخ في الحلّ، فماتت الأم والفرخ وجب الجزاء فيهما، لأنه قتل الطير في الحرم، ومات الفرخ في الحلّ بسبب كان من جهته، وهو في الحرم، وقد قلنا: إنه لا يجوز أن يقتل صيداً في الحلّ، وهو في الحرم، وحكي عن أبي ثور أنه قال: العبرة بكون الصيد في الحرم.

فَرْعٌ آخرُ

لو أرسل المحرم كلبه على صيد وهما في الحلّ فقتله كلبه وجب عليه الجزاء لأن الكلب بمنزلة الآلة له فإن قتل: إذاحرش كلبه على إنسان، فقتله، قلتم: لا شيء عليه، فما الفرق؟ قلنا: لأن الكلب يعلم الاصطياد، فهو آلة فيه وليس كذلك في قتل الإنسان فوزانه أن الحرس كان كلباً غير معلم على الصيد، فلا جزاء عليه، لأنه لا يكون آلة له ولا فعله منسوباً إليه.

فَرْعٌ آخرُ

لو كان حلالاً في الحرم، فأرسل كلبه على صيدٍ في الحلّ، فقتله، فعليه الجزاء، وإن كان حلالاً، فأرسل كلبه على صيد في الحلّ، فدخل الصيد الحرم، فتبعه الكلب ودخل فيه، فقتله في الحرم. قال الشافعي: لا جزاء عليه، لأنه إنما أرسله على صيدٍ في الحلّ وعدوله إلى الحرم كان باختيار الكلب لا باختيار صاحبه ويفارق هذا الحلال

إذا رمى إلى صيد في الحلّ، وهو في الحلّ، فجاز السهم إلى الحرم، وقتل فيه صيداً آخر يلزمه الجزاء، لأن السهم لا اختيار له.

فَرْعٌ آخرُ

لو وقف صيد بعضه في الحلّ وبعضه في الحرم فرمى من الحلّ، فقتله يلزمه الجزاء. وهكذا لو كان جميع قوائمه [٢١٩/أ] في الحرم ورأسه في الحلّ، فرماه فأصاب رأسه فقتله، يلزمه الجزاء.

وقال أصحاب أبي حنيفة: إن كان بعض قوائمه في الحرم ضمن، وإن كان جميع قوائمه في الحلّ لم يضمن.

فَرْعٌ آخرُ

لو كان طائر يطير في هواء الحرم كان كالواقف في الحرم يلزمه الجزاء.

فَرْعٌ آخرُ

لو نَفّر صيداً في الحلّ وهو محرم، فأصابته آفة فمات بأن انتهشته حيّة أو جارحة غيرها، فعليه الجزاء نصّ عليه. وكذلك المحلّ إذا نفر صيداً من الحرم، فصدم حائطاً، أو شجراً يلزمه الجزاء، وإن لم يصدمه مما لم يألف موضعاً من حلّ أو حرم حتى تلف ضمنه أيضاً، وإن ألف موضعاً خرج من ضمانه.

فَرْعٌ آخرُ

لا جزاء في صيد البحر بحال سواء كان البحر في حلّ أو حرم وسواء كان البحر كبيراً، أو صغيراً، سواء كان الماء عذباً أو أجاجاً. قال الله تعالى: ﴿أُحِلَّ لَكُمْ صَيْدُ ٱلْبَحْرِ وَطَعَامُهُۥ مَتَٰعًا لَّكُمْ وَلِلسَّيَّارَةِ﴾ [المائدة: ٩٦] الآية. وصيد البحر ما لا يعيش إلا فيه، ومأواه فيه والسلحفاة من صيد البحر.

قال في «الأم»(١): وطعامه عندنا ما ألقاه وطفا عليه، والله أعلم. والآية لا تحتمل إلا هذا المعنى أو كون طعامه دواب تعيش فيه فتؤخذ بالأيدي بغير تكلف كتكلف صيده، وحكي عن الصيمري أنه قال: صيد الحرم حرام على الحلال، والمحرم وإن كان البحر في الحرم وصيد البحر في الحلّ لا يحرم على المحرم.

فَرْعٌ آخرُ

قال الشافعي: ولا يحرم قتل الصيد إلا صيد الحرم، وأكره قتل صيد المدينة. قال أصحابنا: هذه الكراهية كراهية تحريم. وبه قال مالك وأحمد: فيحرم صيدها، وقطع شجرها ولم يذكروا خلافاً. وقيل: ظاهر كلام الشافعي كراهية التنزيه، لأنه قال: لا يحرم إلا صيد [٢١٩/ب] الحرم. وحكى عن أبي حنيفة هذا، واحتجّ بأنه لو كان محرماً لنقل تحريمه نقلاً عاماً مستفيضاً، وهذا غلط لما روى أبو هريرة رضي الله عنه

---

(١) انظر الأم (٢/١٥٥).

أن النبي ﷺ قال: «حرم إبراهيم مكّة وإني حرمت المدينة مثل ما حرم إبراهيم مكّة لا ينفر صيدها ولا يعضد شجرها، ولا يختلى خلاؤها، ولا تحل لقطتها إلا لمنشد»(١).

وروى علي بن أبي طالب رضي الله عنه أن النبي ﷺ، قال: «المدينة حرام ما بين عائر إلى ثور، وهما جبلان لا ينفر صيدها ولا يعضد شجرها ولا يختلى خلاؤها إلا رجل يعلف بعيره»(٢). وأمّا ما ذكروه لا يصحّ، لأنه يجوز أن ينقل نقلاً خاصاً، وإن كان شرعاً ظاهراً كالأذان والإقامة.

فَرْعٌ آخرُ

لو خالف وقتل فيها صيداً، قال في «الجديد»: لا جزاء عليه. وبه قال مالك، لأنه موضع يجوز دخوله بغير إحرام، فلا يضمن صيده كالعرج، وهو وادٍ بالطائف، وقرب اليمن.

وقال في «القديم»: يلزمه الجزاء فيه. وبه قال أحمد وابن أبي ذئب.

فَرْعٌ آخرُ

إذا قلنا بقوله «القديم»، فالجزاء أن يسلب القاتل لما روي أن سعيد بن أبي وقاص رضي الله عنه رأى رجلاً يصيد بالمدينة، فأخذ سلبه، وروي: فسلبه ثيابه، فجاءه مواليه فكلموه فيه، فقال: لا أرد طعمة أطعمنيها رسول الله ﷺ، يقول: «من وجدتموه يقتل صيداً في الحرم، فاسلبوه، فإن أردتم ثمنه، فخذوه».

وروي أنه قال: هذا شيء طيّبه لي رسول الله ﷺ، فلا أعطيه لأحدٍ، ولكن خذوا من مالي ما شئتم(٣). وروي أنه قال: والله لا أردها. ومن قال بقوله الجديد أجاب عن هذا بأن هذا كان في أول الإسلام حين كانت العقوبات بأخذ المال، [٢٢٠/أ] ثم نسخ. وقال بعض أصحابنا بخراسان: فيه وجه جزاؤه مثل جزاء صيد مكّة.

فَرْعٌ آخرُ

إذا أخذنا سلبه، قال ابن المرزبان: يحتمل أن يقال: يكون للسالب للخبر الذي ذكرنا، وهو اختيار القاضي الطبري، ويحتمل أن يكون لفقراء المدينة كجزاء صيد الحرم في مكّة لأهلها من الفقراء.

فَرْعٌ آخرُ

إذا قلنا بالسلب، ففي حليته وزينته كالخاتم والطوق والسوار وجهان. وأمّا ثيابه وأفراسه للسالب وجهاً واحداً حكمه حكم سلب الكافر إذا قتل مقتلاً في الحرب، ولو كانت عليه ثياب مغصوبة لا تؤخذ.

---

(١) أخرجه مسلم (٤٥٩/ ١٣٦٣).

(٢) أخرجه مسلم (٤٦٧/ ١٣٧٠)، وأبو داود (٢٠٣٤)، والترمذي (٢١٢٧)، وأحمد (١/ ٨١، ١٢٦)، والبيهقي في «الكبرى» (٩٩٥٣).

(٣) أخرجه أبو داود (٢٠٢٧).

فَرْعٌ آخرُ

قال بعض أصحابنا: لو كان على القاتل سراويل أخذ منه، وقيل له: احتل فيما تستتر به. وذكر في «الحاوي»[(١)]: أنه يترك عليه ما يستر عورته، وهذا أقرب عندي.

فَرْعٌ آخرُ

قال في «الإملاء»: أكره صيد وج وقال أصحابنا: يكره ذلك كراهية تحريم لما روي أن النبي ﷺ قال: «إن صيد وج حرام محرم» لا ينفر صيدها، ولا يعضد شجرها[(٢)]، ولا نص فيه أنه يلزم الجزاء بقتل صيده، وظاهر المذهب أنه لا يلزم أصلاً.

وقال بعض أصحابنا: يحتمل أن يكون تحريمه على سبيل الحمى كنوع من منافع المسلمين، ويحتمل أن يكون إلى وقت معلوم، ثم نسخ، لأنه روى أنه قال ذلك قبل نزوله الطائف، وذلك أن عسكر رسول الله ﷺ حين نزلوا بالطائف وحصلوا أهلها ارتفقوا بما نالته أيديهم من شجرٍ وصيدٍ. قال الإمام أبو سليمان: ولا وجه إلا هذا.

فَرْعٌ آخرُ

البقيع موضع حماة رسول الله ﷺ يجوز الاصطياد فيه، ولا يجوز للأغنياء أن يحتشوا من حشيشه، فمن احتشّ، فعليه غرمه، ذكره أصحابنا [٢٢٠/ب].

فَرْعٌ آخرُ

مكّة أفضل عند الشافعي من جميع البقاع. وقال مالك: المدينة أفضل. وبه قال أهل المدينة، وهذا غلط، لأن مكّة حرم الله تعالى، والمدينة حرم الرسول ﷺ فهي أفضل، ولأن الصلاة فيها أفضل من غيرها.

بَابُ جزاء الطائر

مَسْأَلَةٌ: قالَ[(٣)]: والطائر صنفان: حمام وغير حمام.

الفَصْلُ

الطائر ضربان: مأكول وغير مأكول. فأمّا غير المأكول فلا جزاء فيه سواء كان مما يصطاد، كالبازي والصقر ونحوهما، أو لا يصطاد كالحدأة والغراب، وعند أبي حنيفة: يلزم الجزاء في غير المأكول.

وأمّا المأكول، ففيه الجزاء إذا كان وحشياً، أو يتولد من وحشي وأهلي، وهو على ثلاثة أضرب حمام، ودونه وفوقه، فأمّا الحمام، فالواجب فيه شاة سواء كان حمام مكّة أو حمام غير مكّة إذا قتله محرم.

قال الشافعي: والقياس أن تجب فيه القيمة، ولكن أوجبت فيه شاة اتباعاً لأقاويل الصحابة. وروي ذلك عن عمر وعثمان وابن عباس وابن عمر ونافع بن عبد الحارث

---

(١) انظر الحاوي للماوردي (٤/ ٣٢٨). (٢) أخرجه أبو داود (٢٠٣٢).
(٣) انظر الأم (٢/ ١١٣).

وعاصم بن عمر وسعيد بن المسيب رضي الله عنهم، وهو قول أحمد، وقال أبو حنيفة: تجب فيه قيمته.

وقال مالك: يلزم في حمام الحرم شاة وفي حمام الحلّ القيمة، واحتجّ بقول ابن عباس رضي الله عنهما في كل شيء ثمنه إلا حمام مكّة[١]، وهذا غلط، لأنه حمام مضمون بالجزاء، فتجب فيه شاة كحمام الحرم. وأمّا قول ابن عباس روينا عنه أنه قال: فيه شاة مطلقاً، ثم القياس مقدم على قوله [٢٢١/أ].

وروي عنه أنه قال: في حمامة الحلّ شاة[٢]. وروي عن نافع بن عبد الحارث، قال: دخل عمر بن الخطاب رضي الله عنه مكّة يوم الجمعة، فدخل دار الندوة يستقرب [منها] الرواح، فوضع رداءه على واقف في البيت، فوقعت عليه حمامة فنفرها مخافة أن تنجسه، فسقطت على واقف آخر فانتهشتها حيّة، فماتت، فدخلت عليه أنا وعثمان بن عفان رضي الله عنه، فقال: إني قد فعلت اليوم شيئاً، فاحكموا فيه. قلنا: وما هو؟ قال: دخلت دار الندوة لأستقرب [منها] الرواح، فطرحت ردائي على واقفٍ في البيت، وروى: فعلق رداءه على وتد، فوقعت عليه حمامة فنفرتها فسقطت على واقفٍ آخر فانتهشتها حيّة وأرى أن عليّ جزاؤها، لأني نفرتها من موضعها الذي كانت فيه إلى موضع كان فيه حتفها، فقال نافع: ترى أن نحكم على أمير المؤمنين بعنز ثنية عفراء، فقال: نعم، فحكمنا عليه بذلك، فرضي به عمر رضي الله عنه[٣].

وروى: فحكموا عليه بشاة وروي أن رجلاً قال لابن عمر رضي الله عنهما: إني أغلقت باباً على حمامة وفرخها في الموسم، فرجعت وقد متن، فقال: عليك بثلاث شياه[٤].

فَرْعٌ

قال الشافعي: والحمام كل ما عبّ وهدر، والهدير: تغريده وترخية صوته نسقاً متتابعاً، والعبّ: عبّ الماء إذا شربه، فإن الحمام يشرب الماء جرعاً وسائر الطيور تشرب قطرة قطرة كشرب الدجاج، فليس بحمام. وقال الكتاني: والحمام ما كان وحشياً، واليمام ما كان أهلياً يألف البيت.

قال الشافعي: والقماري والدباسي والفواخت والسقاس حمام، [٢٢١/ب] وقال الكتاني: والحمام ما كان وحشياً، فدخل تحت هذا ما ذكرنا والقطا والورشان مثله.

وقد كان من العرب يقول: حمام الطير ناس الطير، أي يعقل عقل الناس، وذكر

---

(١) أخرجه البيهقي في «الكبرى» (١٠٠١٠).

(٢) أخرجه البيهقي في «الكبرى» (١٠٠٠٤)، وفي «معرفة السنن» (٤/ ٢١٩).

(٣) أخرجه الشافعي في الأم (٢/ ١٦٦)، والبيهقي في «الكبرى» (١٠٠٠٢)، وفي «معرفة السنن» (٣٢١١).

(٤) أخرجه البيهقي في «الكبرى» (١٠٠٠٦).

العرب الحمام في أشعارهم تشبيهاً بالناس، وكان الحمام عند العرب أشرف الطائر وأعلاه ثمناً، وكانت تألف منازلهم، ويقولون: أعقل الطائر وأجمعه للهداية، وكانوا يستمتعون بأصواتها، وهدايتها، وكانت مع ذلك موكولة، فقالوا: فيها شاة لهذا المعنى.

فَرْعٌ آخرُ

الشاة الواجبة في الحمام، هل وجبت توقيفاً أم من جهة المماثلة والشبه؟ فيه وجهان:

أحدهما: وهو المنصوص وجبت اتباعاً للأثر.

والثاني: وجبت من حيث الشبهة والمماثلة، لأن فيهما إنسا وإلفاً ويعبّان في الماء عبّاً.

فَرْعٌ آخرُ

في فرخ الحمام شاة صغيرة، هكذا ذكر أكثر أصحابنا، وهو المذهب. وقال في «الحاوي»[1]: فيه وجهان:

أحدهما: فيه شاة كما في أمه.

والثاني: فيه ولد شاة صغير راضع أو فطيم، يكون قدر بدنة من الشاة بقدر بدن الفرخ من أمه وهذان الوجهان مبنيان على اختلاف أصحابنا في الشاة الواجبة فيه، هل وجبت توقيفاً أم من طريق الشبه؟. وأما ما دون الحمام، كالقنابر والعصافير، ففيها قيمتها، ولا يتصدق بالقيمة بل يشتري بها طعاماً على ما ذكرنا وكذلك البلابل ونحوها.

وقال داود: لا يجب ضمانها، لأن الله تعالى قال: ﴿فَجَزَآءٌ مِّثْلُ مَا قَتَلَ مِنَ ٱلنَّعَمِ﴾ [المائدة:٩٥]، فدلّ علي أن ما لا مثل له لا يضمن، وهذا غلط، لأن الله تعالى قال: ﴿لَا تَقْتُلُوا۟ ٱلصَّيْدَ وَأَنتُمْ حُرُمٌ﴾ [المائدة: ٩٥]، وهذا صيد. وروي عن عمر رضي الله عنه وابن عباس رضي الله عنه [٢٢٢/أ]، أنهما أوجبا الجزاء في الجراد. وروي أن مروان سأل ابن عباس عن الصيد يصيده المحرم ولا مثل له من النعم، فقال: عليه ثمنه يهدى إلى مكّة، وأمّا الآية فلا حجة فيها، لأنا نقول في وجوب الجزاء بما له مثل، وليس فيها حكم بالأمثل له وعرفنا حكمه بدليل آخر.

فَرْعٌ

قال في «الأم»[2]: والصرد طائر دون الحمام، ففيه قيمته. وروي أنه سأل عطاء عن ذلك، فقال: لا أدري هو أصغر من الحمام أو أكبر، فإن كان أكبر، ففيه شاة. قال الشافعي: وأنا رأيته، فهو أصغر من الحمام، وفيه قيمته، وقيل: الصرد من جوارح الطير يصطاد العصافير ذكره البندنيجي.

---

(١) انظر الحاوي للماوردي (٤/ ٣٣٠).

(٢) انظر الأم (٢/ ١٦٨).

فَرْعٌ آخرُ

ظاهر قوله في «الأم» أنه يؤكل الهدهد وفيه قيمته، لأنه ليس بذي مخلب وإنما له منقار.

فَرْعٌ آخرُ

قال في «الأم»[1]: الوطواط فوق العصفور ودون الهدهد، ففيه إن كان مأكولاً قيمته. وذكر عن عطاء أنه قال: فيه ثلاثة دراهم، وأمّا ما هو أكبر من الحمام كالحبارى والكركي والكروان والبطوط ونحو ذلك. قال الشافعي في موضعٍ من «الجديد» ما لا يقع عليه اسم حمامة، فما دونها أو فوقها، ففيه قيمته في الموضع الذي يصاب فيه.

وقال في «القديم»: فيها شاة، لأن الشاة إذا وجبت في الحمام كان وجوبها فيما هو أكبر منها أولى تحصل قولان، ووجه الأول أن القياس في الحمام القيمة أيضاً، ولكنا تركناها للآثار، ففي الثاني على موجب القياس، فإن قيل: البطّ من صيد البحر، وقد قال تعالى: ﴿أُحِلَّ لَكُمْ صَيْدُ ٱلْبَحْرِ﴾ [المائدة: ٩٦]، قيل: هو من صيد البر، ويأوي إلى البرّ ويرعى في البحر تعيشاً بالسمك [٢٢٢/ب].

فَرْعٌ

الإوز كالبط سواء، وذكر في «الحاوي»[2]: أنه ينظر فيه، وفي البط فإن كان نهض طائراً بجناحيه، فلا يكون صيداً، وهو كالدجاج. وهذا هو القياس، وقول الشافعي متأول عندي.

فَرْعٌ آخرُ

قال في «القديم»: الفنج كالحمام، وقال أصحابنا: إن كان يشرب الماء عبّاً، فهو كما قال، وإن كان يأخذ قطرة قطرة، فهو على القولين على ما ذكرنا.

فَرْعٌ آخرُ

يلزم الجزاء في الدجاج الحبشي لأنه وإن تأنس، فهو وحشي الأصل بغير أصله ويسمى بعداد الدجاج السندية، ويشبه الدجاج. وحكي عن أحمد أنه قال: لا جزاء فيه، وهكذا التذرح والدراج وطير الماء الذي يؤنس وفي قدر الجزاء قولان، لأنها أكبر من الحمام.

فَرْعٌ آخرُ

ما تولد من وحشي وأهلي كالمتولد من بين القبج والدجاج والدراج والدجاج يلزم فيه الجزاء سواء كان الأب وحشياً أم الأم.

---

(١) انظر الأم (٢/ ١٦٨).

(٢) انظر الحاوي للماوردي (٤/ ٣٣١).

فَرْعٌ آخرُ

الحمام الأهلي الذي يسمى [الزاعبي][١]، وهو ما يكون في المنازل مستأنساً، ولا ينهض طائراً فيه وجهان:

أحدهما: أنه من جملة الحمام للاسم.

والثاني: لا جزاء فيه، لأنه أنيس كالدجاج وهو اختيار ابن أبي هريرة ذكره في «الحاوي»[٢].

فَرْعٌ آخرُ

إذا قتل المحرم جاموساً لا جزاء عليه، لأنه من النعم، ولهذا لا تجب الزكاة فيه.

مَسْأَلَةٌ: قالَ[٣]: وما أصيب من الطير، ففيه قيمته في المكان الذي أصيب فيه.

قد ذكرنا أن الصحيح فيما لا مثل له أن يقوم في موضع الإتلاف. وقال أبو إسحاق: قال الشافعي في بعض أماليه: يقوّم بمكّة.

مَسْأَلَةٌ: قالَ[٤]: وقال عمر لكعب في جرادتين: ما جعلت في نفسك، قال: درهمين، [٢٢٣/أ] قال: بخ بخ، درهمان خير من مائة جرادة.

الجراد مضمون بالجزاء، ويلزم قيمته. وبه قال عمر وابن عباس وكافة العلماء. وقال أبو سعيد الخدري: لا جزاء فيه. وبه قال عروة وابن الزبير وداود، واحتجّوا بأنه من صيد البحر لأنه أول ما خلق خرج من منخر حوت، فهو بحري.

وقال أبو هريرة رضي الله عنه: خرجنا مع رسول الله ﷺ في حجّ أو عمرة، فاستقبلنا رجل من جراد، فجعلنا نضربه بأسياطنا، وعصينا، فقال النبي ﷺ: «كلوه فإنه من صيد البحر»[٥]، وهذا غلط، لأن الجراد من صيد البر مشاهدةً، فصار ممنوعاً بحرمة الحرم يلزم الجزاء بقتله.

وروي عن عمر رضي الله عنه أنه قال لكعب في جرادتين ما ذكرنا[٦]، وقال له: افعل ما جعلت في نفسك، يريد به تأويل قوله تعالى: ﴿يَحْكُمُ بِهِۦ ذَوَا عَدْلٍ مِّنكُمْ﴾ [المائدة: ٩٥]. وقال عمر رضي الله عنه: في جرادة تمرة. وقال ابن عباس: في جرادة تصدّق بقبضة طعام وليأخذن بقبضة جرادات[٧]. وفي هذا إيهام الإباحة، وليس هذا مراده، ولكنه أراد أن يبيّن حكم القبضة كما بيّن حكم الجرادة.

قال الشافعي[٨]: فدلّ ذلك على أنهما رأيا في ذلك القيمة وأمر بالاحتياط إلى

---

(١) ما بين المعقوفتين وردت في الحاوي «الداعي».

(٢) انظر الحاوي للماوردي (٤/ ٣٣١). (٣) انظر الأم (٢/ ١١٣).

(٤) انظر الأم (٢/ ١١٤).

(٥) أخرجه الترمذي (٨٥٠)، وابن ماجه (٣٢٢١)، والبيهقي في «الكبرى» (١٠٠١٥).

(٦) أخرجه الشافعي في الأم (٢/ ١٦٩).

(٧) أخرجه الشافعي في الأم (٢/ ١٦٩)، والبيهقي في «الكبرى» (١٠٠١٢).

(٨) انظر الأم (٢/ ١٦٩).

إخراج ما يعلم أنه أكثر قيمة من المتلف، وأمّا ما ذكروا من ابتداء خلقه، قلنا: لا اعتبار بهذا، بل الاعتبار يكون جنسه برّياً أو بحرياً، وقيل: الخيل كانت متوحشة، فأنسها إبراهيم وإسماعيل عليهما السلام، ولا يجب الجزاء بقتلهما. وأمّا خبر أبي هريرة رواه أبو المهزم، وقد تكلم فيه سبعة ثم نحمله على ما لو سد عليه طريقه في قول، وهكذا الجواب إن رووا مطلقاً أن رسول الله ﷺ سئل عن المحرم يقتل الجراد، [٢٢٣/ب] فقال: «هو من صيد البحر»[١]، وهذا تأويل بعيد، والخبر مذكور في صحيح أبي عيسى فيلزم القول به.

فَرْعٌ

لو افترش الجراد في الطريق حتى لا يمكنه سلوكه إلا بوطئه وقتله، أومأ في «الأم»[٢] إلى قولين:

أحدهما: لا جزاء. وبه قال عطاء لأنه ألجأه إلى قتله كالصيد إذا صال.

والثاني: يلزمه الجزاء إلا أنه قتله لمنفعة نفسه كما لو اضطر إليه فقتله، ويمكنه المشي في طريق آخر.

فَرْعٌ آخرُ

قال في «الأم»[٣]: والدباء جراد صغار، ففي الدباءة منه أقل من تمرة أو لقيمة صغيرة إن شاء وما فديت به، فهو خير منها. وقال في موضع: في الدباءة نصف تمرة وكل ما فداها به فهو خير.

فَرْعٌ آخرُ

جراد الحرم حرام على المحرم والمحلّ، وتلزم الفدية عليهما بقتله، وحكي أن رجلاً سأل ابن عباس رضي الله عنهما عن ذلك، فقال: مضمون، فقال: إن قومك يأخذونه وهم محتبون في المسجد، فقال: إن قومي لا يعلمون[٤].

فَرْعٌ آخرُ

قال في «المناسك الكبير»[٥]: وإذا كسر بيض الجراد فداه وما فداه به كل بيضة منه من طعام، فهو خير منها وإن أصاب بيضاً كثيراً احتاط حتى يعلم أنه أدى قيمته أو أكثر من قيمته قياساً على بيض كل صيد.

---

(١) أخرجه أبو داود (١٨٥٤)، والبيهقي في «الكبرى» (١٠٠١٦)، وفي «معرفة السنن» (٣٢١٩).

(٢) انظر الأم (٢/ ١٦٩).

(٣) انظر الأم (٢/ ١٦٩).

(٤) أخرجه الشافعي في الأم (٢/ ١٦٩)، والبيهقي في «الكبرى» (١٠٠١٣).

(٥) انظر الأم (٢/ ١٦٩).

فَرْعٌ آخرُ

قال أبو حامد في «الجامع»: والذي للمحرم حمل للبازي وكل صائد فإن حمله فأرسله على طير فقتله يلزمه الجزاء وإن أرسله فلم يقتله، فلا جزاء، وإن انفلت من غير إرساله فقتله لا جزاء فرط أو لم يفرط.

فَرْعٌ آخرُ

قد ذكرنا أن المحرم ممنوع من الاصطياد، فإذا اصطاد صيداً لم يملك لأنه حصل في يده بسبب محرم وعليه إرساله، لأنه تعدى بأخذه ولو تلف في يده يلزمه ضمانه، لأن يده يد تعدي كيد الغصب، ولو أرسله حتى لحق الوحش زال عنه الضمان كما لو ردّ [٢٢٤/أ] المغصوب إلى المغصوب منه، ولو أحرم وفي ملكه صيد، فيه قولان، نصّ عليهما في «الإملاء»:

أحدهما: لا يزول ملكه. وبه قال مالك وأحمد وأبو حنيفة، لأنه ملكه فلا يزول بإحرامه كاستمتاع زوجته أو لأن الحجّ عبادة فلا تزيل ملك الصيد كالصوم.

والثاني: يزول ملكه، وهو الأظهر، لأنه معنى لا يراد للاستدامة والبقاء منع الإحرام أم من ابتدائه فمنع من استدامته كاللباس، ويفارق النكاح، لأنه يراد للبقاء والدوام، وكذلك الطيب.

فَرْعٌ آخرُ

إذا قلنا بالأول: يلزمه إرساله حتى يلحق بالوحش، فإن أمكنه إرساله، فلم يرسله ضمنه حتى إن مات حتف أنفه أو أتلفه متلف لزمه ضمانه، وإن أرسله آخر من يده لم يلزمه الضمان، وعند أبي حنيفة، أنه يلزمه الضمان. وهذا مبني على أصله، أنه لم يزل ملكه عنه، وإن أتلفه من كان في ملكه ضمنه سواء أمكنه إرساله أو لا.

فَرْعٌ آخرُ

إذا حلّ من إحرامه المنصوص في «الإملاء»: أنه لا يعود ملكه ويلزمه إرساله حتى يلحق بالوحش، وهو اختيار ابن أبي هريرة وجماعة، لأنه كان متعدياً بإمساكه فلا يزول التعدي إلا بإرساله وعلى هذا لو لم يخله وقتله أو مات، يلزمه الجزاء، ولأنه لا خلاف أنه إذا اصطاد في الإحرام، ثم حلّ من إحرامه يلزمه تخليته حتى يصير ممتنعاً بنفسه، كذلك ههنا.

وقال أبو إسحاق: عاد ملكه بإحلاله ولا يلزمه إرساله كالعصير إذا صار خمراً، ثم إذا عادت خلاً عاد ملكه، وهذا لأنه زال ملكه بسبب إحرامه، وقد زال إحرامه، فوجب عود ملكه.

فَرْعٌ آخرُ

إذا قلنا بالقول الآخر: يجوز التصرف فيه بالبيع والهبة ولا تزال يداه عنه لا يد الحكم ولا يد المشاهدة إلاّ أنه [٢٢٤/ب] لا يجوز له ذبحه، فإن ذبحه يلزمه الجزاء،

وإن أرسله غيره كان هو أحق به، فإن ضاع وجب في المرسل قيمته، وإن حلّ من إحرامه حلّ له ذبحه ولم يجب جزاؤه عليه، لأنه ملكه فلا تزال يده عنه.

وقال أبو حنيفة وأحمد: يلزم إزالة يد المشاهدة عنه دون الحكمية، فلو سلمه إلى الغير ليحفظه له جاز، وكذلك لو أرسله في داره أو في بيته كفاه، لأن إمساكه بيده فعل منه في الصيد، وهو محرم، فلا يجوز كالذبح، وهذا غلط، لأنه إذا لم يلزم إزالة يد الحكمي لا يلزم، إزالة يد المشاهدة كسائر أملاكه ويخالف القتل لأنه إتلاف له ممتنع كما يمنع من استعمال الطيب دون إمساكه.

وقال بعض أصحابنا بخراسان: هل يلزمه إرساله؟ قولان، فإذا قلنا: يلزمه إرساله، هل يزول ملكه؟ قولان.

فَرْعٌ آخرُ

لو وهب للمحرم صيد، لا يجوز له أن يقبله، فإن قبله لم يملكه وعليه إرساله، وإن لم يرسله حتى مات يلزمه الجزاء، نصّ عليه في «الإملاء». وقال أصحابنا: معنى قوله: يلزمه إرساله أي: ردّه لصاحبه، وكذلك إن اشتراه لم يملكه وإن قبضه ضمنه بالجزاء أو القيمة إلى صاحبه، لأن البيع يقتضي الضمان دون الهبة.

ومن أصحابنا من قال: قول الشافعي: عليه إرساله يدلّ على أنه ملكه بالهبة، ولهذا أمره بإرساله، وهذا غلط، لأنه ما أراد ما ذكرنا وهو صريح في لفظه، ثم قال أصحابنا: إذا ردّه إلى بائعه أو واهبه سقط عنه الضمان للآدمي في البيع، ولكن لا يزول عنه حكم الجزاء لله تعالى حتى يرسله، فيمنع ويتوحّش ويلزمه ذلك، فإن قيل: إذا لم يزل ملك مالكه عنه بالبيع والهبة كيف يجوز له إرساله ليتوحّش؟.

قلنا: سقط حق البائع والواهب في ذلك، لأنه كان في السبب في ثبوت يد المحرم عليه [٢٢٥/أ]، وإيجاب إرساله عليه، ويحصل للبائع بدله إذا أرسله هو، فيكون جامعاً إبقاء حق الله تعالى وإبقاء حق الآدمي، فهو كالمضطر يأكل مال غيره بالبدل ذكره في «الشامل»، وقال بعض أصحابنا بخراسان: هل يملك بالشراء والإيهاب؟ قولان، كما لو اشترى الكافر عبداً مسلماً، هل يصحّ الشراء؟ قولان، وعلى كلا القولين، يلزمه إرساله ولو باعه من الغير وصحّحنا شراءه صحّحنا بيعه، ولكنه في ضمانه، إلى أن يرسله المشتري، فحينئذٍ يخرج من ضمانه وما تقدم أصحّ لما ذكرنا من خبر الصعب بن جثامة، وإن قبول البيع والهبة سبب يملك به الصيد، فيمنع منه المحرم كالاصطياد.

فَرْعٌ آخرُ

لو مات مورثه وله صيد، وهو محرم، هل يرث الصيد؟ فيه وجهان:

أحدهما: لا يرثه لأن الإرث جهة من جهات التملك، فلا يملك بها المحرم الصيد كالبيع والهبة.

والثاني: يرثه ويملك، لأنه يحصل هذا الملك بغير اختياره وهو كما يملك الكافر

العبد المسلم بالإرث دون الشراء وكذلك المجنون يملك بالإرث دون الشراء. ومن قال بالأول أجاب عن هذا بأنه غلظ حكم المحرم في باب الصيد، ما لم يغلظ في غيره، فجعل المحرم في الصيد كالابن القاتل في الميراث، وعلى هذا يكون الصيد لباقي الورثة.

وقال القاضي الطبري: هذا على الوجه الذي يقول: ملكه لا يزول عن الصيد، فأمّا إذا قلنا: يزول ملكه، فلا يرثه لأنه إذا منع استدامة الملك منع الإرث.

ومن أصحابنا من قال: هل يملكه في الحال؟ وجهان:

أحدهما: بلى.

والثاني: يكون موقوفاً على ملك الميت حتى يحلّ، فإذا حلّ ملكه.

فَرْعٌ آخرُ [٢٢٥/ب]

إذا اشترى صيداً وهو حلال من حلال، ثم أحرم البائع ثم وجد به عيباً، فأراد ردّه عليه جيء ذلك على مسألة الإرث، فإن قلنا: يرثه ردّه عليه، لأنه يرده إلى ملكه بغير اختياره، وإن قلنا: لا يرثه، فيه وجهان:

أحدهما: يردّه لأنه حقّ المشتري، فلا يسقط بإحرامه.

والثاني: لا يردّه. ثم قال القاضي الطبري ههنا: يردّ عليه الثمن ويوقف الصيد حتى يتحلّل ثم يردّ عليه. وقال غيره: هذا بعيد، لأنه إذا ملك المشتري الثمن بالاسترداد، وزال ملكه عن الصيد ينبغي أن يعود إلى البائع، وينبغي أن يقال: المشتري بالخيار بين أن يقف حتى يتحلّل ثم يرده أو يرجع بأرش العيب لتعذر الردّ في الحال.

فَرْعٌ آخرُ

لو باع الحلال صيداً من حلالٍ بثمن ثم أفلس المشتري والبائع أحرم والصيد باقٍ بحاله لا يجوز له الرجوع فيه، لأنه ممنوع من تملك الصيد ابتداء باختياره.

فَرْعٌ آخرُ

لو استعار المحرم صيداً من محلّ فتلف في يده فعليه الجزاء والقيمة، ولو استعار المحلّ صيداً من المحرم، فتلف في يد المستعير، فإن قلنا: زال ملكه، فعلى المحرم المعير الجزاء، ولا قيمة على المستعير المحلّ، لأنه خرج من ملك المعير، وإن قلنا: لم يزل ملكه فلا جزاء على المحرم المعير، لأنه لا يضمنه إلا بالجناية وعلى المستعير المحلّ القيمة، لأنه عارية مملوكة، ذكره في «الحاوي».

فَرْعٌ آخرُ

لو كان لرجل على آخر صيد فوكل محرماً بقبضه فقبضه، هل يصحّ القبض؟ نظر، فإن كان الصيد معيناً في يد المقبوض منه، ففي جوازه على معنى سقوط المطالبة عمن كان في يده، ويحتمل وجهين:

أحدهما: لا يجوز كما لا يجوز شراءه لنفسه أو بوكالة.

والثاني: يجوز، لأنه من أهل ملك [٢٢٦/أ] الصيد فصحّ منه قبضه كالحلال، وهذا خارج على القول الذي يقول: لا يزول ملكه عن الصيد بالإحرام، وإن كان الصيد في الذمة فعينه من عليه يدفعه إلى الوكيل المحرم هل يبرأ وجهان، ذكره والدي رحمه الله.

فَرْعٌ آخرُ

قال الشافعي[١]: لو خلصت حمامة من فم هرة أو سبع أو شقّ حائط لحجت فيه، أي: تعسرت أو أصابها لدغة فسقاها ترياقاً أو غيره ليداويها به، فماتت لم يضمن لأنه أراد إصلاحها ومداواتها، ولو قال رجل: هو ضامن لها، لأنه وإن كان أراد إصلاحها فقد تلفت في يده فضمنها باليد كان وجهاً محتملاً.

قال أصحابنا: فيه قولان:

أحدهما: لا ضمان. وبه قال عطاء، وهو الصحيح.

والثاني: يلزمه الضمان. وبه قال أبو حنيفة.

فَرْعٌ آخرُ

قال: روي عن ابن جريج أنه قال: قلت لعطاء: بيضة حمامة وجدتها على فراشي، فقال: أمطها عن فراشك[٢].

قال الشافعي[٣]: وهذا وجه يحتمل [من] أن له أن يزيله عن فراشه إذا لم يكسرها، ولو فسدت بإزالته ونقل الحمام عنها لم يكن عليه فدية، ويحتمل أنها إن فسدت بإزالته تلزم الفدية، ومن قال بهذا، قال: لو وقع الحمام على فراشه فأزاله عن فراشه، تلزمه فيه الفدية كما زال عمر بن الخطاب رضي الله عنه الحمام عن ردائه، فتلف بإزالته ففداه فحصل قولان، وإن كان في رواية بيته معتزلاً عنه، فأزاله ضمنه.

مَسْأَلَةٌ: قالَ[٤]: وما كان من بيض طير يؤكل، ففي بيضه قيمتها.

كل صيد يجب بقتله الجزاء فبيضه مضمون بالجزاء أيضاً، فإذا كسره المحرم يضمن قيمته.

وقال المزني: لا جزاء في البيض لأنه كاللحم. وبه قال داود وأهل الظاهر، وهذا غلط لما روى أبو هريرة أن النبي ﷺ قال: «وفي بيض النعامة ثمنها إذا أصابها المحرم»[٥]، ولأن البيض صيد، لأنه يكون منه مثل أصله [٢٢٦/ب].

فَرْعٌ

قيمته معتبرة باجتهاد فقيهين عدلين. وقال مالك: يلزم فيها عشر قيمة الصيد كجنين الاصطرام فيه عشر قيمة الأم، وهذا غلط، لأن للجنين حرمة ما ليس لغيره، ولهذا

---

(١) انظر الأم (٢/ ١٦٩).

(٢) أخرجه الشافعي في الأم (٢/ ١٦٩).

(٣) انظر الأم (٢/ ١٦٩).

(٤) انظر الأم (٢/ ١١٤).

(٥) أخرجه البيهقي في «الكبرى» (١٠٠١٧)، وفي «معرفة السنن» (٤/ ٢٢٦).

يضمن المملوك بقيمة مقدرة باليقين بخلاف طرف البهيمة. وروي عن علي رضي الله عنه أنه قال: من أتلف بيض صيد، فعليه أن يلقح على نوق بعدد البيض فما نتج من شيء تصدّق به،ولعله أراد في بيض النعامة.

فَرْعٌ آخرُ

قال الشافعي[١]: في بيض النعامة إن كان فيه فرخ كان عليه قيمة بيضة فيها فرخ، وهي أكثر من قيمة بيضة لا فرخ فيها.

قال أصحابنا: هذا إذا كان الفرخ ضعيفاً ليست فيه حياة مستقرّة، فأمّا إذا كان الفرخ حيّاً قوياً يعيش مثله كان عليه فصيل صغير ولو خرج وطار وسلم لا شيء عليه وقد أساء.

فَرْعٌ آخرُ

قال[٢]: ولو كانت البيضة مدرة فاسدة يقوّمها فاسدة إن كانت لها قيمة كبيض النعامة، فإن لم يكن لها قيمة لا شي عليه فيها.

فَرْعٌ آخرُ

قال: لو أخذ بيض صيد وتركه تحت الدجاجة، فإن أنقضه وخرج الفرخ سليماً، وطار فقد أساء بفعله ولا شيء عليه، وإن أفسدته يلزمه الجزاء، لأنه تلف بجنايته وسببه وإن أخذ بيض الدجاجة وتركه تحت الصيد، فذعر الصيد منه ونفره وترك بيض نفسه ضمنه، لأنه تلف بجنايته، وإن لم ينفر وحصن الجميع إلا أنه لم يتمكن من قلبه وإدارته ففسد ضمن أيضاً.

فَرْعٌ آخرُ

قال: ولا يأكلها محرم، لأنها من الصيد، وقد يكون منه الصيد. قال أصحابنا: إذا كسر بيض صيد فحكم البيض حكم الصيد إذا ذبحه، وهو أنه يحرم عليه قولاً واحداً، وهل يحرم على غيره؟ قولان، [٢٢٧/أ] وإذا كسر في الحرم لم يحلّ على ما ذكرنا.

قال: وأهل الحرم لا يأكلون من بيض طير في الحرم، وإنما يدخلون البيض من الحلّ إلى الحرم، وعلى هذا قال أصحابنا. وكذلك إذا قتل المحرم الجراد، فحكمه هكذا. وقال بعض أصحابنا يحلّ لغيره قولاً واحداً، ويفارق ذبيحة المؤمن، لأن في أحد القولين صارت بذبحه ميتة وإباحتها تقف على الذكاة بخلاف البيض، ولهذا لو بلعه رجل قبل كسره لا يحرم، وهذا اختيار القاضي الطبري، وهو الصحيح وذاك ذكره الشيخ أبو حامد.

---

(١) انظر الأم (٢/ ١٦٣).

(٢) انظر الأم (٢/ ١٦٣).

فَرْعٌ آخرُ

لو صال الصيد عليه، فقتله دفعاً عن نفسه لا جزاء عليه، وحكي عن أبي حنيفة أنه قال: يلزمه الجزاء إن كان مأكولاً، وهذا لا يصحّ عنه، بل الصحيح عنه مثل مذهبنا وعند زفر يضمن عند الصول جميعه.

فَرْعٌ آخرُ

لو أكره على قتل صيد، قال ابن المرزبان: حكمه حكم ما لو أكره على قتل المؤمن.

فَرْعٌ آخرُ

لو ركب صيداً، ثم صال على محرم، فقتل المحرم الصيد يلزمه الجزاء، لأن الصول لم يكن من الصيد.

مَسْأَلَةٌ: قالَ: وإن نتف طيراً، فعليه بقدر ما نقص من النتف.

إذا نتف ريش صيد أو جرحه أو كسر رجله أو عضواً من أعضائه، فلا يخلو إما أن يكون باقياً على امتناعه كما كان قبل الجناية أو صيره غير ممتنع، فإن كان باقياً على امتناعه، وطار وغاب عنه، ولم يعلم هل مات منه أم لا؟ يضمن ما نقص على ما سبق بيانه، وإن طار وغاب عنه، ثم وجده ميتاً. قال الشافعي: الاحتياط أن يجزئه جزاءً كاملاً، لأنه يجوز أن يكون مات من جنايته، والقياس أن لا يلزمه، لأن موته من جنايته [٢٢٧/ب] مشكوك فيه، ولهذا قال الشافعي: لا يؤكل، لأنه يجوز أن يكون موته من غيره.

وقال أصحابنا: الظاهر أنه إذا طار، وكان ممتنعاً أن الموت لم يحصل من فعله، فلهذا قال: القياس أن لا يلزمه إلا ما نقص.

وقال بعض أصحابنا بخراسان: فيه قولان، كما في حلّ أكله قولان. وقال أبو إسحاق: يلزم على هذا إذا غاب، وهو غير ممتنع، ولم يدرِ أنه مات أم لا أن يلزمه تمام الجزاء، لأنه لما كان غير ممتنع، فالظاهر أنه باقٍ على ذلك، ولم يسلم، وهذا غلط، لأن الشافعي نصّ ههنا أنه لا يلزمه إلّا ضمان النتف، لأن الزيادة شكّ، وإن طار ثم وقع من شدّة ما حمل على نفسه يلزمه الجزاء، وإن صيره غير ممتنع فقد ذكرنا أنه يلزمه كمال الجزاء، وإن قتله محرم آخر بعد ذلك، فالأول، جارح. والثاني، قاتل فعلى الأول ما نقص لجرحه وعلى الثاني جزاؤه نصّ عليه.

وقال في موضع آخر: على الأول جزاؤه كاملاً، وعلى الثاني جزاؤه مجروحاً. واختلف أصحابنا فيه على طرق، فقال بعضهم: فيه قولان:

أحدهما: يجب على الجارح تمام الجزاء، وعلى الثاني جزاء ناقص كما لو قطع يدي عبد ثم جاء آخر وقتله، يلزم الأول تمام قيمته، ويلزم الثاني قيمة ناقصة.

والثاني: يجب على الجارح ما نقص، وعلى الثاني جزاء ناقص. وهذا أصحّ، لأن

الأول لم يتلفه، فيلزمه جزاؤه كاملاً، بل نقص منفعته ويخالف هذا قطع يدي العبد يجب به تمام القيمة، لأن ذلك لحرمة الآدمي. ومن أصحابنا من قال: القول الثاني إنه يلزم على الأول ما نقص، وعلى الثاني جزاء كامل، وهو ضعيف.

ومن أصحابنا من قال: القول الثاني يلزم على الأول تمام الجزاء [٢٢٨/أ]، وعلى الثاني تمام الجزاء، ومن أصحابنا من قال: المسألة على قولٍ واحدٍ، وهو أنه يلزم على الأول ما نقص وعلى الثاني جزاء ناقص، والقول الآخر احتياط.

فَرْعٌ

قال: وإن كان جبر أعرج لا يمتنع فداه كاملاً، لأنه صيّره غير ممتنع، ثم قال: وهذا احتياط، وهو أحبّ إليّ.

فَرْعٌ آخرُ

لو نتف ريشه، ثم حبسه وأطعمه وسقاه حتى نبت وعاد كما كان، هل يسقط الضمان؟ قولان، وقيل: وجهان بناء على السن إذا عاد بعد القلع، هل يلزم ردّ الأرش؟ قولان، فإذا قلنا: لا يسقط، فالمذهب أنه يلزم ما بين قيمته صحيحاً ومنتوفاً قد نبت ريشه.

ومن أصحابنا من غلط، وقال: تلزمه قيمته صحيحاً ومنتوفاً، والدم سائل، وهذا غلط، لأنه لو جنى على عبد يضمن ما نقص بعد الاندمال كذلك ههنا.

فَرْعٌ آخرُ

إذا اضطر ومعه ميتة وصيد وهو محرم، فأيّهما يأكل هنا؟ على القولين في الحرم إذا ذبح الصيد، هل يصير ميتة أم لا؟، فإن قلنا: يصير ميتة لا يذبح الصيد، لأنه لا فائدة في ذلك، لأنه قادر على ميتة أخرى، فإن قلنا: لا يصير ميتة لا يأكل الصيد، ولا يأكل الميتة. وقال أبو يوسف رضي الله عنه: يذبح الصيد ويأكله مع قوله أنه يصير ميتة، واحتجّ بأن الميتة مجمع على تحريمها، والصيد مختلف في إباحته كان أخف حكماً، وهذا غلط، لأن أخذ الصيد وذبحه وأكله محرم عليه، فإذا فعل ذلك، فقد ارتكب ثلاثة أشياء محرمة، وإذا ذبحه صار ميتة، فلا وجه لارتكاب هذه المحرمات مع استغنائه بالميتة الموجودة.

فَرْعٌ آخرُ

لو وجد ميتة وصيداً قد [٢٢٨/ب] ذبحه محرم، فإن قلنا: لا يكون ميتة يأكله دون الميتة، وإن قلنا: يكون ميتة.

قال بعض أصحابنا: يأكل لحم الصيد، لأنه مختلف في كونه ميتة، ويحتمل أن يقال: يأكل الميتة، لأنه ممنوع من أكل لحم الصيد لحرمة الإحرام إذا صيد له، ولكونه ميتة، فكان التحريم لسببين بخلاف الميتة، والله أعلم.

بَابُ ما للمحرم قتله

مَسْأَلَةٌ: قالَ: وللمحرم أن يقتل الحيّة.

الفَصْلُ

الحيوان ضربان: مأكول وغير مأكول، فالمأكول ضربان: إنسي ووحشي، فالإنسي أكله لا جزاء فيه بهيمة كان أو طائراً، وفي الوحشي الجزاء بهيمة كان أو طائراً، وأما ما لا يؤكل لحمه فعلى ثلاثة أضرب: منها ما فيه الجزاء قولاً واحداً، وهو السمع، ومنها ما لا جزاء فيه قولاً واحداً، وهو ما وردت به السنّة: الحية والعقرب والفويسقة والغراب والحدأة والكلب العقور.

ومنها ما هو مختلف فيه، وهو سباع البهائم كلها وجوارح الطير بأسرها لا جزاء في شيء منها. وبه قال أحمد وقال أبو حنيفة: يجب الجزاء في كلها إلا الذئب، فإنه لا جزاء فيه، ثم جزاؤه أقلّ الأمرين من قيمته أو شاة.

وقال مالك: ما لا يبتدىء منه بالأذى كالبازي والصقر والكلب وصغار السباع يضمن بالجزاء، وهذا غلط لما روى أبو سعيد الخدري أن النبي ﷺ قال: «يقتل المحرم السبع العادي»، قال أصحابنا: والأسد والنمر من جملته، فإذا تقرر هذا، فالحيوان ضربان: أنسي وحشي، فالإنسي لا تأثر فيه للإحرام ولا للمحرم، فإن كان مأكول اللحم كالنعم والدجاج ونحوهما، فالمحلّ والمحرم. ومن في الحرم ومن في الحلّ [٢٢٩/أ] في ذبحه سواء وإن كان ممّا لا يؤكل لحمه لم يحلّ ذبحه ولا قتله، كالبغال والحمير.

وأمّا الوحشي، فعلى ضربين: ما فيه الجزاء وما لا جزاء فيه، فما فيه الجزاء يحرم قتله بحرمة الإحرام، وحرمة الحرم سواء كان مأكولاً كظباء أو غيره مأكول كالسمع ونحوه.

وأمّا ما لا جزاء فيه، فعلى ثلاثة أضرب:

منها: ما يستحبّ قتله ويثاب عليه.

ومنها: ما يكره قتله.

ومنها: ما هو مباح قتله، ولا يكره ولا يستحبّ. فأما ما يستحبّ قتله، فهو كل ما يضرّ ولا ينفع كالحية والعقرب والفأرة والحدأة والكلب العقور والنمر والذئب والدب والخنزير.

وفي هذا المعنى: الزنبور والبق والبعوض والبراغيث والقراد، ونحو ذلك. قالت عائشة رضي الله عنها. قال رسول الله ﷺ: «خمس فواسق يقتلن في الحلّ والحرم: الفأرة والعقرب والغراب والحدأة والكلب العقور»، وهذا تنبيه على ما هو شرّ منها.

وقال سويد بن غفلة: كان عمر رضي الله عنه يأمر بقتل الزنبور ونحن محرمون. وروى أبو سعيد الخدري في الخبر: ويرمى الغراب ولا يقتله، فقيل: أراد به الغراب الصغير الذي يأكل الحب، وحكى عن النخعي: أنه لا يقتل الفأرة، وهو خلاف نصّ الخبر.

وأمّا ما يكره قتله، فهو كل ما لا يضرّ ولا ينفع كالخنافس والديدان والجعلان والقطا والحسكاء.

قال الشافعي رضي الله عنه في «الأم»: لا أحبّ قتلها، فإن قتل: فلا شيء فيه. وفي هذا المعنى الذباب والنحل والبغاث والرخمة، وإن كان في النحل منفعة العسل، فيكره قتلها، ولا يحرم. وأما ما يباح قتله، ولا يكره ولا يستحبّ، فكل ما فيه نفع من وجه وضرر من وجه، وهو جوارح الطير كالعقاب والبازي والصقر والشاهين [٢٢٩/ب] والباشق يغدو على أموال الناس، وفيه منفعة الاصطياد.

وقال أبو إسحاق: يحرم قتل ما لم يكن مؤذياً منها، وإن لم يلزم الجزاء لقوله ﷺ: «في كل ذات كبد حرى أجر» وهذا خلاف النص.

فَرْعٌ

لو قتل قملة ظاهرة على جسده، أو ألقاها أو قتل قمل حلال، فلا فدية عليه، والقملة ليست بصيد نصّ عليه في «المناسك الكبير». قال: ولو أخرجها من رأسه، فقتلها أو طرحها يفتدي، لأنها كإماطة الأذى فكرهناه كراهية قطع الظفر والشعر. وقال: افتدى بلقمة وكل ما افتدى به، فهو أكثر منها.

قال: والصيئان كالقمل فيما أكره من قتله وأجيز، وهو صغار القمل وبيضه. وقال بعض أصحابنا بخراسان: قال الشافعي في موضع لا فدية فيه. وقال في «الأم»: فيه الفدية لإماطة الأذى بها كحلق الشعر، فقيل: قولان. وقيل: قولاً واحداً لا تجب الفدية، وأراد بما ذكر من الفدية الاستحباب، وهذا أصحّ.

وقيل: إن الشافعي قال: وإن كان القمل على ظاهر بدنه، أو ثوبه أماطه عنه، وإن كان في رأسه أو لحيته أكره أن يتوقى ذلك. وقال بعض أصحابنا: وكذلك البق والبعوض والقردان، ولا فرق هذا بين الرجل والمرأة. وقال مالك: لا يقرد المحرم بغيره.

وروي عن ابن عمر أنه نهى عن ذلك، وهذا غلط، لأنه يتأذى به، فأشبه الحية، وأما ما روي عن ابن عمر أنه نهى عن ذلك، روينا عن عمر رضي الله عنه أنه كان يقرد بغيره بالسقيا بالطين.

فَرْعٌ آخرُ

لو نزا حمار وحش أتانا أهلية أو حمار أهلي أتاناً وحشية فولدت يلزمه الجزاء في الولد، وإن لم يحلل أكله، تغليباً للتحريم [٢٣٠/أ]، ووجوب الجزاء. قال الشافعي رضي الله عنه: فإن أشكل شيء من هذا على قاتله، فلم يدرِ أخالطه وحشي مأكول أم لا؟ فداه احتياطاً، ولا يجب فداؤه حتى يعلم أنه قد قتل وحشياً، أو ما خالطه وحشي، لأن الأصل براءة الذمة.

بَابُ الإحصار

مَسْأَلَةٌ: قالَ الله تعالى: ﴿فَإِنْ أُحْصِرْتُمْ فَمَا ٱسْتَيْسَرَ مِنَ ٱلْهَدْيِ﴾ [البقرة: ١٩٦] الآية.

الفَصْلُ

اعلم أن الحصر والإحصار في هذا الباب هو أن يمنع المحرم من المضي في نسكه، فإذا أحرم الناس بحجّ أو عمرة أو بهما، ثم أحصرهم العدو، فصدهم عن البيت ومنعهم من الوصول إليه كان لهم التحلّل عنه سواء كان العدو مسلماً أو مشركاً، والأصل فيه هذه الآية، وهي قوله تعالى: ﴿فَإِنْ أُحْصِرْتُمْ فَمَا اسْتَيْسَرَ مِنَ الْهَدْيِ﴾. وهذه الآية نزلت في حصر المشركين، وذلك أن النبي ﷺ خرج سنة ست إلى مكّة معتمراً، فحصره المشركون بالحديبية وصدّوه عن البيت، فأنزل الله تعالى هذه الآية، فتحلّل النبي ﷺ وأصحابه من العمرة وصالحوا قريشاً على أن يعودوا في العام القابل معتمرين ويدخلوا مكة ويقيموا بها ثلاثة أيام.

وقال جابر: أحصرنا رسول الله ﷺ عام الحديبية، فنحرنا البدنة عن سبعة والبقرة عن سبعة. وروي أن ابن عمر خرج إلى مكة للعمرة في زمان الفتنة. وقال: إن أحصرنا صنعنا ما صنعنا مع رسول الله ﷺ، والآية وإن وردت في المشركين، فحصر المسلمين قياسه، ولأنا لو قلنا: لا يجوز التحلّل به لأدى إلى مشقّة عظيمة [٢٣٠/ب].

وقد قال تعالى: ﴿وَمَا جَعَلَ عَلَيْكُمْ فِي الدِّينِ مِنْ حَرَجٍ﴾ [الحج: ٧٨]، فإذا تقرر هذا، فإنه ينظر فإن لم يكن لهم طريق سواه تحلّلوا أو انصرفوا، ولا قضاء عليهم، وإن كان لهم طريق سوى هذا لا يحلو، إمّا أن يكون برّاً أو بحراً، فإن كان بحراً فهو مشي على ركوب البحر للحجّ، فإن قلنا: يلزمه ركوبه للحجّ يلزمه سلوكه، ولا يجوز لهم التحلّل. وإن قلنا: لا يلزمه ركوبه لم يلزمه سلوكه.

قال في «الأم»: وأحبّ لو سلكه، ولو كان برّاً نظر، فإن كانوا يخافون على أبدانهم وأموالهم فيه كان لهم التحلّل ولا قضاء كما لو لم يكن لهم طريق بحال، وإن كان هذا الطريق آمناً، فإن كان كالذي صدّوا عنه في السهولة، والقرب فهؤلاء ليسوا بمحصرين، وإن كان أبعد فإن لم يكن لهم نفقة هذا الطريق، فإنه يتحلّل ولا قضاء أيضاً، فإن كان لهم نفقة هذا الطريق لا يجوز لهم أن يتحلّلوا أصلاً سواء علموا أنهم إذا سلكوه أدركوا الحجّ، أو لم يدركوه نصّ عليه في «مختصر الحجّ»، فإذا سلكوا نظروا، فإن كان إحرامهم العمرة أقاموا على الإحرام حتى يتحلّلوا منها أمنوا الفوات وليسوا بمحصرين.

وإن كان إحرامهم بالحجّ نظروا، فإن ألحقوه فقد تمّ حجّهم، وإن فاتهم الحجّ تحلّلوا بعمل العمرة، وهل يلزم القضاء إن كان تطوعاً؟ فيه قولان:

أحدهما: يلزم. وبه قال أبو حنيفة كما لو أخطأ العدد أو ضلّ الطريق.

والثاني: لا يلزم. وبه قال مالك وأحمد، لأن الفوات لم يكن بتفريط منه بخلاف ما قاسوا عليه، وهو الصحيح. هذا في الحصر العام وأما الحصر الخاص، كأنه أحرم بالحجّ فحبسه السلطان وحده، فإن كان بحق، فلا يجوز له التحلّل، لأن الامتناع من جهته، وإن بقي في الحبس حتى [٢٣١/أ] فاته الحجّ تحلّل بعمل العمرة، وعليه القضاء، وإن كان الحبس بغير حقّ مثل إنْ كان عليه دين لا يقدر على قضائه ونحو

ذلك.

قال في «الأم»: نظر فإن كان لحبسه غاية وأن يدرك معها الحجّ، وكانت طريقه آمنة [بمكة] لم يتحلّل، فإن [أرسل] مضى، وإن كانت مدة حبسه مغيبة عنه لا يدري غايتها، أو كانت غايتها بحيث لا يدرك معها الحجّ متى أطلق كان له التحلّل كما في الحصر العام. وقال جماعة من أصحابنا: لا فرق بين الحصر العام والحصر الخاص في التحلّل، ولكن يفترقان في لزوم القضاء، فهل يلزم القضاء في الحصر الخاص؟ قولان:

أحدهما: يلزم القضاء، لأنه لا يعم المشقّة والضرورة.

والثاني: لا يلزم، وفي الحصر العام لا يلزم قولاً واحداً. وقال بعض أصحابنا بخراسان: هل يتحلّل في الحصر الخاص؟ قولان، وهذان القولان مبنيان على أنه إذا حبس أهل بلده عن الحجّ في أوّل ما يجب عليهم لا يستقرّ الحجّ في ذممهم، ولو حبس واحد منهم دون الجماعة هل يستقرّ؟ قولان. والأصح أنه لا يستقرّ وهذا لأنه عذر نادر كالخطأ في العدد والاعتماد على ما سبق، فإذا تقرر هذا، لا يجوز له التحلّل ما لم يهد.

وبه قال أبو حنيفة وأحمد، وقال مالك: يتحلّل ولا دم عليه، لأنه غير مفرط، وهذا غلط لقوله تعالى: ﴿فَإِنْ أُحْصِرْتُمْ فَمَا ٱسْتَيْسَرَ مِنَ ٱلْهَدْيِ﴾ [البقرة: ١٩٦]، والأخبار التي ذكرناها، ولأنه خرج من نسكه قبل تمامه، فيلزمه الدم كالفائت حجّه.

فَرْعٌ

قد ذكرنا أنه يجوز التحلل بالإحصار عن العمرة، وحكي عن مالك، أنه قال: لا يجوز له أن يتحلّل منها، لأنه لا يخاف فواته، وهذا غلط لقوله تعالى: ﴿فَإِنْ أُحْصِرْتُمْ فَمَا ٱسْتَيْسَرَ مِنَ ٱلْهَدْيِ﴾ [البقرة: ١٩٦]، [٢٣١/ب] وهذا يرجع إلى الحجّ والعمرة لقوله تعالى في الابتداء: ﴿وَأَتِمُّوا۟ ٱلْحَجَّ وَٱلْعُمْرَةَ لِلَّهِ﴾ [البقرة: ١٩٦]، ولأن النبي ﷺ كان محرماً عام الحديبية وتحلّل، لأن التحلّل جاز للمشقة بالمقام على الإحرام وهذا موجود في العمرة.

فَرْعٌ آخرُ

لو أحاط بهم العدو من جميع الجوانب، فهل يتحلّل؟ وجهان:

أحدهما: لا يتحلّل لأنه لا يستفيد بالتحلل شيئاً.

والثاني: يتحلّل لأنه يأمن بذلك من العدو ومن أحد الجوانب.

فَرْعٌ آخرُ

لو أحصر في الحرم كأنه أحرم بمكة ثم أحصر، فإن مكن من البيت ومنع ما عداه من الوقوف وغيره كان له التحلّل، فإن أقام على إحرامه حتى فاته الحجّ. قال أصحابنا: يتحلّل بعمل عمرة، وعليه القضاء وشاة إن تحلّل قبل الفوات، قال في «الأم»: تحلّل بطوافٍ وسعي وحلاق وذبح، ويلزمه دم التحلّل، وهل يلزمه القضاء؟

نصْ في «الأم» على القولين:

أحدهما: لا يلزمه القضاء.

والثاني: يلزمه، لأن القضاء إنما يسقط عن الذي صدّ عن البيت، وهذا متمكن من البيت، وهذا ضعيف، والأول أصحّ، لأنه محصر كالمحصر في الحلّ.

وقال أبو حنيفة ومالك: ليس له التحلّل كما لو أحصر عن البيت ولا فرق بين أن يكون المحصر غريباً أو مكّياً أو مقيماً بها أحرم بالحجّ ثم صدّ عن أعماله، فالكلّ على قولين.

فَرْعٌ آخرُ

لو أحصر بعد الوقوف نُظِر، فإن منع من بقية أفعال الحجّ كلها كان له التحلّل، وهو بالخيار بين التحلّل وبين تركه، فإن أراد التحلّل، فعليه الهدي ولا قضاء ولا يجزئه عن حجّه، لأنه ما أكمله، فإن أمكنه أن يستأجر من يكملها، فعلى قولين على ما ذكرنا في جواز البناء على الحجّ [٢٣٢/أ].

فَرْعٌ آخرُ

لو أقام على إحرامه في هذه المسألة حتى فاته المبيت بمزدلفة ومنى وفاته الرمي، فهل عليه دم بترك المبيت بمزدلفة ومنى؟ فعلى القولين. وأمّا الرمي، فهل يلزمه بترك الكل أربعة دماء أم دون ذلك؟ فعلى ما ذكرنا فيما سبق، وهل يجعل فوات الرمي في حكم فعل الرمي في باب التحلّل الأول؟ مبني على القولين في أن الحلق، هل هو نسك أم لا؟ فإن قلنا: نسك لم يحلّ التحلّل الأول حتى يحلق، وإن قلنا: ليس بنسك فقد حل التحلّل الأول، وبقي عليه الطواف، فإن أقام على ما هو عليه حتى يطوف أجزأه عن حجّة الإسلام، وإن كان الحصر قائماً، فأراد أن يتحلّل، فالذي يجيء على المذهب أن له ذلك، لأن النساء لا يحللن له إلا بالتحلّل.

فَرْعٌ آخرُ

لو أحصره بعد خروجه الأول له التحلّل، فإن انكشف العدو أحرم إحراماً ناقصاً، وأتى بما عليه من الرمي والطواف قولاً واحداً.

فَرْعٌ آخرُ

لو أحصر بعد الوقوف عن بعض أفعاله نُظِر، فإن مكن من البيت، ومنع ما سواه لم يكن له التحلّل لأنه يحصل له التحللان معاً بالطواف والحلق وفوات الرمي بمنزلة فعل الرمي ويجزئه عن حجّة الإسلام، وإن مكن من كل شيء ومنع من البيت كان له التحلّل، لأنه لا يقدر على التحلّلين معاً مع المنع من البيت، فإذا تحلّل، فلا قضاء ولا يجزئه عن حجّة الإسلام.

وقال أبو حنيفة: إذا أحصر بعد الوقوف لم يجز له التحلّل، وإنما التحلّل لمن أحصر عن الوقوف والبيت جميعاً، وهذا غلط، لأنه مصدود عن المضي. وفي إحرامه

بغير حق فجاز له التحلّل كما لو كان قبل الوقوف.

فَرْعٌ آخرُ

قال [٢٣٢/ب]: والمحصر إن كان يرجو زوال العدو وكان الوقت واسعاً، لا يخاف فوات الحجّ، فالمستحبّ له أن لا يتحلّل ويؤخّر التحلّل حتى يأتي بها على الكمال، وإن كان الوقت قد ضاق وخاف فوات الحجّ إن لم ينكشف العدو، فالمستحبّ له أن يتحلّل لئلا يفوته الحجّ، فإن لم يتحلّل حتى فاته الحجّ نظر، فإن كان الحصر باقياً تحلّل منه، وعليه هدي للفوات وهدي الإحصار، وعليه القضاء، وإن كان قد زال الحصر، فلا يجوز أن يتحلّل إلا بعمل العمرة وعليه القضاء وهدي الفوات فقط.

فَرْعٌ آخرُ

يجوز للمحرمين ترك قتال العدو، لأن النبي ﷺ لم يقاتلهم وإن أرادوا قتالهم، فإن كان الحط للمسلمين في قتالهم، فهو الأفضل، وإن كان الحط للمسلمين في ترك قتالهم، فالترك أفضل.

فَرْعٌ آخرُ

لو كان العدو من المسلمين، فالمستحبّ ترك قتالهم سواء كانوا أكثر منهم أو أقلّ، لأن التحلّل من النسك أخفّ من قتال المسلمين.

فَرْعٌ آخرُ

إذا أفسد حجّه ثم أحصر تحلّل من فاسده وعليه شاة للتحلل وبدنة الإفساد والقضاء من سنته إذا تحلّل قبل الوقوف، وليس في الشريعة موضع يمكن المفسد قضاء الحجّ من سنته إلا في هذه المسألة، وهكذا إذا فاته الحجّ، ثم أحصر تحلّل، وعليه هديان والقضاء.

فَرْعٌ آخرُ

قال وإذا أحصرهم العدو ثم أعطوهم الأمان وأذنوا لهم في المسير، فإن كانوا يأمنون غدرهم لم يجز لهم أن يتحلّلوا، وإن لم يأمنوا غدرهم لقلة وفائهم، وسوء معاملاتهم جاز لهم التحلّل.

فَرْعٌ آخرُ

إذا أراد التحلّل فعليه هدي يتحلّل به بقيمة مقام [٢٣٣/أ] ما بقي من أفعال الحجّ، فإن كان واجداً له، تعين عليه إخراجه، ولا يملك التحلّل حتى يذبحه قولاً واحداً، وهذا لقوله تعالى: ﴿فَإِنْ أُحْصِرْتُمْ فَمَا ٱسْتَيْسَرَ مِنَ ٱلْهَدْيِ﴾ [البقرة: ١٩٦] ومعناه، فإن أحصرتم وأردتم التحلّل فما استيسر من الهدي. وقال أيضاً: ﴿وَلَا تَحْلِقُوا۟ رُءُوسَكُمْ حَتَّىٰ يَبْلُغَ ٱلْهَدْىُ مَحِلَّهُۥ﴾ [البقرة: ١٩٦]، ولأن هذا الهدي قائم مقام الأفعال، لأنه وجب عليه لتعذر آدائها ولو قدر عليها لم يتحلّل إلا بها، فكذلك عند تعذّرها لا يتحلّل إلا بأداء ما يقوم مقامها.

وقال بعض أصحابنا بخراسان: فيه قولان:

أحدهما: هذا.

والثاني: له أن يتحلّل ثم يذبح، لأنه جوّز له ترك المضي في الحجّ، فجوّز هذا أيضاً، وهذا ضعيف.

فَرْعٌ آخرُ

إذا ذبح الهدي فهل يملك التحلّل بعده؟ قولان بناء على الحلق، فإن قلنا: إنه نسك لم يملك أن يحلّ حتى يحلق، وإن قلنا: ليس بنسك ملك أن يحلّ قبل الحلق.

فَرْعٌ آخرُ

متى ملك أن يحلّ قبل أن يحلق أو بعده لا يصير حلالاً حتى ينوي الخروج من النسك وما لم ينو هذا كان إحرامه باقياً، وإن نوى ذلك يصير حلالاً يحلّ له جميع ما كان محظوراً عليه لحرمة الإحرام، فإذا قلنا: الحلق نسك يحتاج إلى ثلاثة أشياء ذبح الهدي، ونية التحلّل والحلق، وإذا قلنا: ليس بنسك يحتاج إلى شيئين، فإن قيل: أليس لو رمى وحلق في غير حالة الإحصار يصير خارجاً من الإحرام، وإن لم ينوِ الخروج من الإحرام؟، وههنا قلتم: يلزمه نية الخروج بالذبح والحلق، فما الفرق؟ قلنا: الفرق أن غير المحصر أكمل للأفعال فلا يحتاج إلى نية الخروج بخلاف المحصر، وأيضاً الذبح والحلق قد يكون للتحلّل وقد يكون لغيره، فلم يختصّ بالتحلّل إلّا بالقصد، [٢٣٣/ب] والإرادة بخلاف الرمي والأفعال، فإنها لا تراد إلا للنسك، فلم يحتج إلى النية فيه.

فَرْعٌ آخرُ

إذا كان مصدوداً عن جملة الحرم، وأراد الذبح جاز له أن يذبح في الحلّ. قال الشافعي رضي الله عنه: نحر هدياً لإحصاره حيث أحصر في حلّ أو حرم، وقصد به الردّ على أبي حنيفة حيث قال: لا يجوز للمحصر الذبح إلا في الحرم فيبعث هدياً على يدي رجل إلى الحرم ولو أعده يوماً يذبح عنه، فيه الهدي، فإن كان عند هذا المحصر أن ذلك الرجل قد ذبح الهدي في الحرم يحلّ له حينئذٍ التحلّل من إحرامه، ولو ارتكب شيئاً من المحظورات على اعتقاد أنه ذبح الهدي عنه في الحرم، ثم بان أنه لم يكن ذبح يلزمه الجزاء، وهذا غلط، لأن الهدي تابع للمهدي، فإذا كان يتحلّل المهدي في الحرم كان محلّ هديه الحرم، وإذا كان تحلّله في الحلّ كان محلّ هديه الحلّ.

فَرْعٌ آخرُ

يجوز ذبح هذا الهدي في غير يوم النحر. وبه قال أبو حنيفة. وقال أبو يوسف ومحمد: لا يجوز إلا في يوم النحر، وهذا غلط، لأنه وقت تحلّله، فكان وقت هديه.

فَرْعٌ آخرُ

لو كان قادراً على إبلاغه الحرم، بأن كان في قربه لا يلزمه إبلاغه الحرم، والأولى له إبلاغه. ومن أصحابنا من قال: يلزمه إبلاغه لأنه يقدر عليه من غير مشقّة، وهذا ضعيف.

فَرْعٌ آخرُ

لو كان معه هدي، ساقه تطوعاً، أو واجباً كان له ذبحه في هذا الموضع وكذلك كل هدي لزمه قبل الإحصار، أو بعده قبل التحلّل، فله ذبحه في موضعه نصّ عليه في المناسك قياساً على هدي الإحصار.

فَرْعٌ آخرُ

قال الشافعي رضي الله عنه: ولا قضاء [٢٣٤/أ] عليه إلّا أن يكون واجباً، فيقضي، وقد ذكرنا الخلاف في حجّ التطوع، فأما حجّة الإسلام، فإن كان وجوبه في تلك السنة، فلا قضاء قبله إن كان قد وجب قبل هذه السنة، فهو باقٍ في ذمته على ما كان. وفي الحقيقة إذا أدّاها بعد ذلك لا يكون قضاء ما فات عند الإحصار.

فَرْعٌ آخرُ

إذا أحصر في الحجّ أو العمرة، فلم يتحلّل وجامع يلزمه الكفّارة، ويفارق هذا المسافر إذا جامع في صوم رمضان، لا كفّارة، لأن بالجماع في الصوم، يحصل التحلّل المباح له بحق السفر، لأنه يخرج بهذا الجماع من الصوم كما يخرج بالأكل. وفي الحجّ لا يخرج عنه بالإفساد، فلا يحصل التحلّل المباح بوجه آخر، ذكره والدي رحمه الله.

مَسْأَلَةٌ: قالَ: وإذا لم يجد هدياً يشتريه أو كان معسراً.

الفَصْلُ

قد ذكرنا أنه إذا كان واجداً للهدي لا يتحلّل قبل ذبحه، فإن كان عادماً له هل له بدل ينقل إليه؟ نصّ في «الأم» على قولين:

أحدهما: ليس له بدل، ويكون في ذمته أبداً. وبه قال أبو حنيفة، لأنه لو كان له بدل لذكره الله تعالى في القرآن كما ذكر بدل هدي التمتع.

والثاني: له بدل ينتقل إليه. وبه قال أحمد، لأنه دم واجب بسبب الإحرام، فكان له بدل ينتقل إليه كدم التمتع والطيب واللباس، فإذا قلنا بالقول الأول، هل له في الحال أو يقيم على إحرامه حتى يجده؟ قولان:

أحدهما: يقيم على إحرامه حتى يجده. وبه قال أبو حنيفة؛ لأن الله تعالى قال: ﴿وَلَا تَحْلِقُوا۟ رُءُوسَكُمْ حَتَّىٰ يَبْلُغَ ٱلْهَدْىُ مَحِلَّهُۥ﴾ [البقرة: ١٩٦].

والثاني: له أن يتحلّل لأن المقام على الإحرام يؤدي إلى المشقّة، وهو الأصح، فعلى هذا يتحلّل بالنية والحلق إن قلنا: الحلق نسك. [٢٣٤/ب] وإذا قلنا: الحلق إطلاق محظور، يتحلل بمجرد النية، وإذا قلنا بالقول الثاني، فما ذلك البدل فيه ثلاثة أقوال:

أحدها: بدله الصيام، نصّ عليه في «مختصر الحجّ». وبه قال أحمد، لأن هذا الدم يجب لترك الإحرام، فكان بدله الصيام كهدي المتعة.

والثاني: قاله في «الأوسط» بدله الإطعام، لأنه أقرب إلى الهدي.

والثالث: خرّجه أصحابنا: أنه مخيّر بين الإطعام وبين الصيام، كما في فدية الأذى، فإذا قلنا: بدله الصيام، فما ذلك الصيام؟ فيه ثلاثة أقوال:

أحدها: صيام التمتع عشرة أيام. وبه قال أحمد لما ذكرنا من العلة.

والثاني: صيام التعديل، لأن ذلك يستوفي قيمته.

والثالث: صيام فدية الأذى، لأنه وجب لدفع الأذى، وإذا قلنا: ينتقل إلى الإطعام، ففي ذلك الإطعام وجهان:

أحدهما: إطعام التعديل يقوم ذلك دراهم، والدراهم طعاماً، ويتصدّق به لكل مسكين مدّ.

والثاني: إطعام فدية الأذى ثلاثة أصوع لستة مساكين، لكلّ مسكين مدّان، وإذا قلنا: يتخير فهو مخيّر بين صيام ثلاثة أيام وبين إطعام ستة مساكين كما في فدية الأذى والأصحّ من الأقوال، أنه يقوّم الهدي دراهم، ثم الدراهم طعاماً، فيؤديه إن أمكنه وإن لم يمكنه صام عن كل مدّ يوماً قياساً على جزاء الصيد في التعديل دون التخيير وعلى دم التمتع في الترتيب.

فَرْعٌ آخرُ

إذا أوجبنا الإطعام، فإن كان قادراً أخرجه وتحلّل به، وإن كان عادماً له، هل يتحلّل أم يقيم على إحرامه حتى يجده؟ كما قلنا في الهدي، فإذا أوجبنا الصيام، هل يتحلّل ثم يصوم أو يصوم ثم يتحلّل؟ قولان، وقيل: وجهان [٢٣٥/أ]:

أحدهما: يصوم ويتحلّل، لأنه قادر عليه كالهدي.

والثاني: يتحلّل، ثم يصوم، لأنه لا يمكن فعل الصوم في الحال، فيشق عليه الصبر على الإحرام إلى أن يأتي به بخلاف الهدي والإطعام.

وقال بعض أصحابنا بخراسان: إن قلنا له: التحلّل قبل الذبح، فقبل: الصوم أولى وإلا فههنا قولان، وهذا غير صحيح.

مَسْأَلَةٌ: قالَ: وروي عن ابن عباس رضي الله عنهما أنه قال: لا حصر إلا حصر العدو.

المحصر بغير العدو مثل الكسر والعرج أو المرض لا يتحلّل، بل يبقى على إحرامه حتى يفوته الحجّ، ثم يتحلّل بعمل العمرة. وبه قال مالك وأحمد وإسحق. وروي ذلك عن ابن عباس وابن عمر وابن الزبير ومروان. وقال أبو حنيفة: له التحلّل. وبه قال الثوري وعطاء وعروة والنخعي كالمحصر بالعدو، واحتجّ بما روي عن رسول الله ﷺ أنه قال: «من كسر أو عرج فقد حلّ وعليه الحجّ من قابل»، وهذا غلط، لأنه لا يستفيد بإحلاله الانتقال من حاله، فلا يجوز له التحلّل كما لو أخطأ الطريق.

وقال الشافعي رضي الله عنه: الفرق بينه وبين المحصر بالعدو أنه خائف من القتل إن أقام، فهو مضطر إلى التحلّل والرجوع لهذا الخوف، ولهذا رخّص لمن لقي

المشركين أن ينحرف لقتال أو يتخير إلى فيئه، فينتقل بالرجوع من خوف قتل إلى أمن والمريض حاله واحدة في التقدّم والرجوع، ولا يستفيد بتحلّله ورجوعه أمناً من مرضه كما يستفيده المحصر بالعدو، ثم استشهد باستصحاب الحال، وما عليه موضوع الإحرام من اللزوم فزال: والإحلال رخصة، فلا يعدى بها موضعها [٢٣٥/ب]، أي: هو مخصوص بمعنى يمنع من أن يقاس عليه غيره.

وشبه ذلك المسح على الخفين، فقال: كما أن المسح على الخفين رخصة فلم نقس عليه مسح عمامة ولا يفارق لاختصاص الخفين بمعنى لا يشاركهما فيه غيرهما من عموم الابتلاء بهما، فكذلك الإحلال بسبب العدو مخصوص بما ذكرنا من المعنى، وهو استفادة الأمن به من الخوف، فلا يجوز أن يقاس عليه إحصار المريض ثم أوضح الشافعي رضي الله عنه إبطال هذا القياس فقال: لو جاز أن يقاس حل المريض على حصر العدو، وجاز أن يقاس حلّ مخطىء الطريق ومخطىء العدو حتى يفوته الحجّ على حصر العدو، فلمّا لم يجز ذلك، لأنه لا يستفيد بتحلّله الأمن، فما عرض له، فكذلك المحصر بالمرض مثله.

وقيل: المخصوص بالذكر على ضربين: ضرب لا يعقل معناه كالصلوات وأعدادها تعبداً لله تعالى بها، واستأثر بعلم معانيها، فلا يجوز قياس غيرها عليها، وضرب يعقل معناه، فهو على ضربين: ضرب، لا يوجد معناه في غيره، وضرب يوجد معناه في غيره، فأمّا الذي لا يوجد معناه في غيره كالمسح على الخفين، لا يوجد معناه في العمامة والقفازين، فلا يجوز أن يقاس عليه، وأمّا الذي يوجد معناه في غيره كالأشياء المنصوص في الربا يقاس عليها غيرها والحصر بالعدو، عند الشافعي رضي الله عنه من القسم الأوسط الذي هو معقول المعنى، ولكن لا يوجد معناه في غيره. وأما الخبر الذي ذكروا، قلنا: هو متروك الظاهر، لأن بمجرد الكسر والعرج لا يحلّ، وإن حملتموه على استباحة التحلّل فنحن نحمله على [٢٣٦/أ] ما لو شرط التحلّل به، فإذا تقرر هذا قال الشافعي رضي الله عنه: فيقيم على حرمه، أي: على إحرامه، فإن أدرك الحجّ وإلا تحلّل من إحرامه بالطواف والسعي، إذا فاته الحجّ، وعليه الحجّ من قابل وما استيسر من الهدي، أي: مثل هدي التمتع، لأنه تمتع فيما بين النسكين لأحدهما تعلق بالآخر فهو في معنى التمتع ولو كان هذا في العمرة، فلا تفوت العمرة، فيجزئه الطواف والسعي متى أتى بهما في جميع عمره عن عمرته إذ العمرة غير مؤقتة بوقت يفوته إذا جاوزه بخلاف الحجّ.

فَرْعٌ

قال في «المناسك الكبير»: لو كان [ممن] يذهب إلى أن المريض يحلّ بهدي [يبعث به] فبعث بهدي، فذبح هناك لم يحلّ، وكان على إحرامه وإذا رجع إلى بلده كان حراماً كما كان.

قال القاضي الطبري: وهذا يدلّ من مذهب الشافعي على أن من اعتقد مذهباً وعمل

عليه لم يحكم بصحّة فعله عنده، لأن هذا اعتقد جواز التحلّل. وتحلّل فلم يجعله حلالاً بذلك ولم يصححه في حقّه.

فَرْعٌ آخرُ

إذا أحرم واشترط في إحرامه أن يتحلّل متى عرض له عارض من مرض أو خطأ الطريق أو خطأ التعدد أو ذهاب النفقة اختلف قول الشافعي رضي الله عنه فيه قال في «القديم» يجوز ذلك وقطع به. وقال في «الجديد»: إن صحّ حديث ضباعة قلتُ به، فعلق القول فيه، فمن أصحابه من قال: أجمع أصحاب الحديث على صحّة حديث ضباعة، وذلك أن الشافعي رضي الله عنه رواه مرسلاً عن عروة عن النبي ﷺ، وقد رواه أبو داود مسنداً عن عكرمة عن ابن عباس رضي الله عنهما أن ضباعة بنت الزبير بن عبد المطلب أتت رسول الله ﷺ، [٢٣٦/ب] فقالت: إني أريد الحجّ أفأشترط، قال: «نعم»، قالت: فكيف أقول؟ قال: «قولي: لبيك اللّهم لبيك، ومحلي من الأرض حيث حبستني».

وروت عائشة أن النبي ﷺ دخل على ضباعة، فقالت: يا رسول الله إني أريد الحجّ، وإني شاكية، فقال: «أحرمي واشترطي أن محلي حيث حبستني»، فعلى هذا قولاً واحداً، أنه ثبت الشرط، وفي الخبر دليل على أن المرض لا يجوز التحلّل، لأنه لو كان يجوز لما احتاجت إلى هذا الشرط، وفيه دليل على أن يحلّ في الموضع الذي يحبس وينحر هديه هناك، وما كان له حلاً، وبه قال أحمد، ومن أصحابنا من قال: فيه قولان:

أحدهما: هذا.

والثاني: لا يصحّ هذا الشرط. وبه قال الزهري ومالك وأبو حنيفة، وهذا لأنها عبادة لا يجوز التحلّل منها بغير عذر، فلا يجوز التحلّل منها بالشرط كالصلاة، وهذا يبطل بالصوم المنذور، وإذا شرط الخروج منه بعذرٍ جاز بالإجماع ومن قال بهذا القول، قال: ضباعة مخصوصة بذلك كفسخ الحجّ كان مخصوصاً بمن خصّه ﷺ وحكي عن أبي حنيفة رضي الله عنه أنه قال: هذا الشرط في المريض يعتد سقوط الهدي إذا تحلّل.

فَرْعٌ آخرُ

لو قال: إذا مرضت أتحلل من إحرامي لا يخرج من الإحرام إذا وجد الشرط إلّا بالتحلّل، وهو أن ينوي الخروج منه، لأن الشرط يضمن إزالته أو إبطاله فكذلك لو قال: «محلي من الأرض حيث حبستني» مرض فأنا حلال، ففيه وجهان:

أحدهما: يصير حلالاً [٢٣٧/أ] لوجود الشرط اعتباراً بموجب اللفظ فيه. وقيل: هذا نصّ الشافعي، وهذا لقوله ﷺ: «من كسر أو عرج فقد حلّ»، ولا يمكن حمل الخبر إلّا على هذا.

والثاني: لا يصير حلالاً حتى يتحلّل لأن الأصل هو الحصر بالعدو، وهناك لا بدّ من إنشاء التحلّل كذلك ههنا. وقال بعض أصحابنا بخراسان: إذا قلنا: يجوز الشرط، فهل يجوز على هذا الوجه؟ وجهان:

أحدهما: لا يجوز، والفرق أن للمتحلل مدخلاً في الحجّ فيجوز شرطه، وليس لمصيره حلالاً بالعذر أصل في الشرع، فلا يصحّ شرطه أصلاً.

فَرْعٌ آخرُ

إذا قلنا: يتحلّل من غير فعله فلا إشكال أنه لا يلزمه الهدي، وإذا قلنا: يتحللّ بفعله نصّ الشافعي رضي الله عنه أن لا هدي عليه ومن أصحابنا من قال: عليه الهدي، لأنه إذا افتقر إلى التحلّل كان بمنزلة الإحصار بالعدو، وهذا غلط، والفرق بين الإحصار بالعدو وبين هذ أن الإحرام المطلق يقتضي تمامه، فإذا أحصر قبل التمام وجب الهدي بدلاً مما ترك من الأعمال، وأما إذا اشترط الخروج منه لم يتضمن إحرامه بإتمامه مع العارض، وصار إحرامه منتهياً إلى حين وجود الشرط، فلم يحتج إلى هدي يقوم مقامه.

فَرْعٌ آخرُ

لو كان الشرط معلقاً على غير تحلّل مثل إن قال: أحرمت بحجّ على أني إذا شئت خرجتُ منه لم يثبت هذا الشرط بلا خلاف، لأنه ليس فيه غرض صحيح.

فَرْعٌ آخرُ

لو قال: إن مرضت وفاتني الحجّ كان عمرة كان على ما شرط.

بَابُ حصر العبد يحرم بغير إذن سيّده[٢٣٧/ب]

مَسْألَةٌ: قالَ: وإذا أحرم العبد بغير إذن سيده والمرأة بغير إذن زوجها.

الفَصْلُ

قد ذكرنا حكم إحرام العبد فيما تقدم أنه ينعقد وأن للسيد أن يحلّله منه، وهكذا حكم العبد المعتق بعضه، والمدبر وأم الولد. وأمّا المكاتب، فله منعه أيضاً منه، وهل له أن يسافر للتجارة؟ قولان. والفرق بين السفرين أن سفر الحجّ يتضمن إتلاف المال، وسفر التجارة لا يتضمن إتلاف المال. ومن أصحابنا من قال: في سفر الحجّ وجهان بناء على القولين في سفر التجارة.

وأما إذا أرادت المرأة أن تحجّ حجّة الإسلام، فهل لزوجها أن يمنعها منه؟ فيه قولان:

أحدهما: أن له منعها، وهو الصحيح المشهور لما روى الدارقطني بإسناده عن ابن عمر رضي الله عنه عن النبي ﷺ، قال في امرأة لها زوج ولها مال، ولا يأذن لها زوجها في الحجّ: «ليس لها أن تنطلق إلّا بإذن زوجها»، ولأن الحجّ على التراخي على ما ذكرنا، وحق الزوج على الفور فكان مقدماً عليه.

والثاني: ليس له منعها. وبه قال أبو حنيفة ومالك وأحمد: لأنها عبادة واجبة

عليها، فلا يكون لزوجها منعها منها كالصلاة والصوم، وهذا غلط. والفرق بين هذا وبين الصوم والصلاة أن مدّتها تقصر فلا تؤدي إلى الضرر بالزوج بخلاف الحجّ، فإذا قلنا: له منعها، فإن أحرمت بإذنه صحّ، وليس له أن يحلّلها، وإن أحرمت بغير إذنه، هل له أن يحلّلها؟

قال في «المناسك الكبير»: فيه قولان:

أحدهما: له أن يحلّلها كما كان له منعها في الابتداء.

والثاني: ليس له تحليلها، لأن الفرض قد ضيق عليها الشروع فيها، وفي الابتداء لم يكن مضيقاً، وحقّ الزوج مضيق، فقدمناه كما لو كان عليها صوم القضاء والكفّارة، كان للزوج منعها منه [٢٣٨/أ].

قال القاضي الطبري: وعندي أنه لا يجوز له أن يمنعها من قضاء الصوم في آخر السنة، لأنه لا يجوز له إخراجه إلى السنة الثانية، ولهذا أوجبنا الفدية فيه وجعلناها مشرطة به.

فَرْعٌ آخرُ

إذا أرادت حجّ التطوع له منعها منه قبل الإحرام، فإن أحرمت به، قال الشافعي رضي الله عنه: إذا أحرمت بالفرض، فمن قال: لا يحلّلها منه لزمه عندي أن يقول: إذا أحرمت بحجّ النفل بغير إذنه ليس له أن يحلّلها منه. فمن أصحابنا من قال: هذا قول آخر في النفل أنه ليس له تحليلها، ففي النفل قولان أيضاً، لأن التطوع يلزم بالدخول فيكون كالفرض، ومن أصحابنا من قال وهو الصحيح. ذكر هذا على طريق التشنيع، لأنه ذكر مع حجّة التطوع صوم التطوع والاعتكاف، فعلى هذا له تحليلها منه قولاً واحداً، وهذا لأن في الفرض غرضاً صحيحاً، وهو إسقاط الفرض عن ذمتها بخلاف التطوع.

فَرْعٌ آخرُ

الأمة إذا أحرمت بالتطوع يحللها سيدها قولاً واحداً لأن الأمة ليست من أهل فرض الحجّ بحال، فإذا أحرمت لم يلتحق نفلها بالفرض بخلاف الحرة. قال القفال: فعلى هذا يجب إذا كانت زوجته أمة، فأحرمت، فللزوج أن يحلّلها قولاً واحداً، ومن أصحابنا من فرق بين السيد والزوج بأن أوقات الأمة وأكسابها لسيدها بخلاف الزوجة، فعلى هذا الزوجة الحرة والزوجة الأمة سواء إذا أحرمتا بالتطوع.

فَرْعٌ آخرُ

الأمة المزوجة إذا أرادت الحجّ تحتاج إلى إذن سيدها وزوجها، فإن أذن أحدهما كان للآخر منعها منه. وروى ابن سماعة عن محمد أنه إذا أذن السيد جاز لها ذلك، وإن لم يأذن الزوج لأن السفر حقّ للسيد، [٢٣٨/ب] ولهذا يجوز له أن يسافر بها، وهذا غلط، لأن فيه تعطيل منفعتها على الزوج لا لمنفعة السيد، فلم يكن لها ذلك،

ويفارق مسافرة السيد بها، لأن به حاجة إلى ذلك.

فَرْعٌ آخرُ

إذا أذن السيد لعبده في الحجّ، ثم باعه بعد الإحرام لم يكن للمشتري أن يحلّله. وقال أبو يوسف له أن يحلّله مع قوله: لا يحلّله السيد إذا أذن له. وقال محمد: لا يكره مع قوله: يكره للسيد أن يحلل عبده، وهذا لأن المشتري لم يأذن في إحرامه، وهذا غلط، لأن عقد الإحرام بإذن من له الإذن، فلم يكن لمن يجدد ملكه الاعتراض عليه، كما لو أذن له في النكاح، فنكح لا يبطله عليه.

فَرْعٌ آخرُ

إذا دخل وقت الصلاة على الزوجة ليس لزوجها منعها منها في الحال. وفرق الشافعي رضي الله عنه بأن أمر الصلاة خفيف، لأنها تصلي أربع ركعات وترجع إليه والحجّ يطول ويمتد، فيؤدي ذلك إلى الإضرار بالزوج. وقيل: لا غرض للزوج في منعها من الصلاة في أوّل الوقت، لأنه مندوب إلى تقديم الصلاة كما ندبت هي إليه، وليس كذلك الحجّ، لأنه لا حجّ عليه في حال هي تحجّ بغير إذنه، وهذا ضعيف، والفرق الأول أصحّ.

فَرْعٌ آخرُ

المعتدة الرجعية لو أحرمت بالحجّ فللزوج منعها من الخروج وليس له أن يحلّلها، فإن راجعها، فهل له أن يحلّلها؟ فيه قولان، وإن لم يراجعها حتى انقضت العدّة، فإن فات الوقت تحلّلت بعمل عمرة، وإن كانت عدتها عن وفاةٍ منعت من مضي العدة، فإن انقضت العدّة، وقد فات الوقت لزمها الدم والقضاء [٢٣٩/أ].

فَرْعٌ آخرُ

لو أحرمت المرأة بحجّة التطوع ومعها محرم، فمات المحرم كان لها إتمام التطوع مع فقد المحرم.

فَرْعٌ آخرُ

إذا أحصرت المرأة في حجّة التطوع فطلقها زوجها، فاعتدت ففاتها الحجّ، هل يلزمها القضاء؟ قولان:

أحدهما: يلزم كمن أخطأ في عدد الأيام.

والثاني: لا يلزم، لأنه لا تقصير منها بخلاف الغالط، لأنه لا يخلو عن تقصير.

فَرْعٌ آخرُ

إذا أراد الرجل أن يحجّ، فهل لأبويه أو لأحدهما منعه؟ ينظر فيه، فإن أراد أن يحرم بحجّة الفرض، فليس لهما منعه، لأن المقام عند الأبوين مستحبّ مندوب إليه، فتقديم الفرض أولى، وإن أراد أن يحجّ حجّة التطوع فلهما منعه، فإن أحرم، فهل لهما تحليله منه؟ فيه قولان:

أحدهما: لهما ذلك أشار إليه في «الإملاء»، وهذا لما روي أن النبي ﷺ رأى رجلاً يجاهد، فقال: «لك أبوان»؟، فقال: نعم، فقال: «ارجع ففيهما فجاهد» فلما منع من الجهاد مع أنه فرض على الكفاية فلان يمنع من حجّة التطوع أولى.

والقول الثاني: نصّ عليه في «الأم» ليس لهما المنع، لأنه صار لازماً بالشروع، فأشبه حجّ الفرض.

وقال بعض أصحابنا بخراسان: حكم الولد مع الأبوين في الفرض كحكم الزوج مع الزوجة، وهذا غلط، لأن حقّ الزوج مستحقّ مضيق بخلاف حق الأبوين.

فَرْعٌ آخرُ

لو أذن له أحدهما، فإن كان الأب الآذن والمانع الأم مضى في حجّه، وإن كان المانع الأب له منعه ذكره في «الحاوي»، وهذا مشكل عندي، فإذا تقرر هذا، فكل موضع قلنا: للزوج أو للسيد أو للأب المنع والتحلّل فحكمه حكم المحصر بالعدو، وقد ذكرنا حكمه، ثم اعلم أنه قال في «المختصر»: وللسيد [٢٣٩/ب] والزوج منعهما بالتحليل، وهما في معنى العدو في الإحصار، وفي أكثر من معناه لهما منعهما وليس ذلك للعدو ومخالفون للعدو في أنهما غير خائفين خوفه أي غير خائفين من الزوج والسيد كخوف العدو، فكأنه أشار بهذا إلى القول الآخر في أنه ليس لهما التحلّل، لأن حصرهما خاص.

ذكره بعض أصحابنا بخراسان: وقيل: هذا بيان بعد الجمع والترجيح لنوع من المخالفة بين الحصرين، فقال: العبد والزوجة غير خائفين خوف المحصر بالعدو، وكذلك القياس، فإن الفرع والأصل لا يجتمعان في جميع معانيهما وأنهما يجتمعان مرة ويفترقان أخرى.

بَابُ الأيام المعلومات والمعدودات

مَسْأَلَةٌ: قالَ: والأيام المعلومات العشر.

اعلم أن القصد بهذا الباب أن الله تبارك وتعالى ذكر في مناسك الحجّ الأيام المعلومات، والأيام المعدودات، فقال في سورة البقرة: ﴿وَاذْكُرُوا اللَّهَ فِي أَيَّامٍ مَّعْدُودَاتٍ فَمَن تَعَجَّلَ فِي يَوْمَيْنِ فَلَا إِثْمَ عَلَيْهِ﴾ [البقرة: ٢٠٣] الآية. فقصد الشافعي رضي الله عنه أن يبين المعلومات من المعدودات، فالمعلومات العشر آخرها يوم النحر، وهي العشر الأول من ذي الحجّة. وروي ذلك عن ابن عمر وابن عباس في رواية. وبه قال أحمد، وقال أبو حنيفة في رواية مثل قولنا، وفي الرواية الثانية، عنه: المعلومات ثلاثة أيام: يوم عرفة ويوم النحر ويومان بعده ويوم الفطر.

وروي عن علي وابن عباس رضي الله عنهما: أنها أربعة أيام: يوم عرفة ويوم النحر ويومان بعده، وأما المعدودات، [٢٤٠/أ] فثلاثة أيام بعد يوم النحر، وهي أيام التشريق، وعندنا تجوز التضحية فيها، وعند أبي حنيفة: لا يجوز التضحية في اليوم

الثالث، واحتجّ الشافعي رضي الله عنه بأن الله تعالى سمى المعدودات والمعلومات باسمين مختلفين، فلا يقعان على أيام واحدةٍ، لأنه لا خلاف أن يوم النحر من المعلومات، واليوم الثالث من أيام التشريق من المعدودات دون المعلومات، فوجب أن تكون كل أيام منها غير الأخرى، ولا يدخل بعض إحداهما من الأخرى كما أن اسم كل أيام غير الآخر، ثم ألزم نفسه سؤالاً فقال: فإن قيل: لو كانت المعلومات العشر لكان النحر في جميعها جائز، وأراد به أن الله تعالى حيث ذكر الأيام المعلومات جعلها وقتاً لذبح الأضحية والذبح، فقال: ﴿لِّيَشْهَدُواْ مَنَٰفِعَ لَهُمْ وَيَذْكُرُواْ ٱسْمَ ٱللَّهِ فِىٓ أَيَّامٍ مَّعْلُومَٰتٍ عَلَىٰ مَا رَزَقَهُم مِّنۢ بَهِيمَةِ ٱلْأَنْعَٰمِ﴾ [الحج: ٢٨]، أي: يذبحوها، يقال: فلان ذكر اسم الله تعالى على شاته، أي: ذبحها، فلما لم يجز النحر في جميعها بطل أن تكون المعلومات فيها، ثم أجاب، فقال: يقال لهذا المعرض.

قال الله تعالى: ﴿أَلَمْ تَرَوْاْ كَيْفَ خَلَقَ ٱللَّهُ سَبْعَ سَمَٰوَٰتٍ طِبَاقًا ﴿١٥﴾ وَجَعَلَ ٱلْقَمَرَ فِيهِنَّ نُورًا﴾ [نوح: ١٥ ـ ١٦] وليس القمر في جميعها، وإنما هو في واحدها أفيبطل أن يكون القمر فيهن نوراً كما قال الله تعالى؟ ولا يبطل ذلك، لأن القمر وإن كان في سماء واحدة، فهذه السماء من جملة السماوات السبع، فلذلك صحّ إضافة القمر إليهن أنه فيهن كذلك ذبح الأضحية، وإن كان في يوم واحد من المعلومات. وهذا آخرها صحّ أن يضاف ذلك إليها كلها.

وروي عن مالك أنه قال: المعلومات: ثلاثة أيام، أولها يوم النحر. [٢٤٠/ب] والمعدودات: ثلاثة أيام بعد يوم النحر، وهي أيام التشريق، وهذا السؤال سؤال مالك في الحقيقة. وقال العنصري من أصحابنا: الذكر يقع في كلها في يوم النحر عند الذبح وقبلها عند سوق الهدي.

وقال بعض: أضاف إليها شهود المنافع والذكر معاً، فقال: ﴿لِّيَشْهَدُواْ مَنَٰفِعَ لَهُمْ وَيَذْكُرُواْ ٱسْمَ ٱللَّهِ﴾ [الحج: ٢٨]، فشهود المنافع التجارات قبل النحر والذكر يوم النحر، وقال أبو حامد: معناه الذبح في كلها يوم النحر الأضحية وقيل ذلك دماء الحجّ غير التطوع، والله أعلم.

بَابُ نذر الهدي

مَسْأَلَةٌ: قالَ: والهدي من الإبل والبقر والغنم.

الفَصْلُ

اعلم أن الهدي اسم لما يهدى إلى الحرم تقرباً من النعم وغيرها من الأموال، إلا أنه عند الإطلاق اسم للنعم فمن نذر لله هدياً، وسمى شيئاً سوى النعم يلزمه أن يهدي ما سمي، وإن أطلقه في نذره، ففيه قولان:

أحدهما: قاله في «الجديد»: يجب عليه أقل ما يجوز في الأضحية من النعم، وهو الثنية من الإبل والبقر والمعز أو الجذعة من الضأن، وهو الصحيح. وبه قال أحمد

ويحكيه أصحابنا عن أبي حنيفة ووجه هذا أن مطلق النذر يحمل على معهود الشرع والهدي في الشرع من النعم كما قلنا في الصلاة والصوم.

والثاني: قاله في «القديم»، و«كتاب المنذور»: يجوز ما يقع عليه الاسم، وإن كانت زبيبة أو تمرة، لأن اسم الهدي يقع على ذلك كله شرعاً ولغةً. قال رسول الله ﷺ في خبر الجمعة «ومن راح في الساعة الخامسة، فكأنما قرب بيضة»، فإذا قلنا بالقول الأول يجزئه الذكر والأنثى، لأن المقصود منه اللحم، ولهذا يجب ذبحه، ولا يجوز إيصاله إلى الفقراء قبل الذبح [٢٤١/أ].

وعلى هذا القول لا يجوز ذبحه وتفريقه إلّا في الحرم. وروي عن ابن عمر رضي الله عنهما، أنه كان يكره الذكر من الإبل فيه، ويرى أن يهدي الأنثى منها. وهذا لا يصحّ لما روي عن ابن عباس رضي الله عنهما أن النبي ﷺ أهدى عام الحديبية مائة بدنة فيها جمل كان لأبي جهل في أنفه برة من فضة يغيظ بذلك المشركين.

والجمل: الذكر والبرة: حلقة يجعل في أنف البعير ومغايظة المشركين أنه كان ذلك الجمل معروفاً بأبي جهل، فأجازه النبي ﷺ في سلبه، فكان يغيظهم أن يروه في يده وصاحبه قتيل سليب، وإذا قلنا بالقول الثاني، فالأصحّ أنه لا يجوز إلا في الحرم لقوله تعالى: ﴿هَدْيًا بَالِغَ الْكَعْبَةِ﴾ [المائدة: ٩٥]، فجعل الشرط في الهدي إبلاغه الحرم، ومن أصحابنا من قال: يجوز في غير الحرم، كما لو نذر أن يتصدّق بشيء جاز في كل موضع، ولأنه لما لم يحمل على معهود الشرع في المقدار لم يحمل عليه في المكان والمصرف.

ثم اعلم أن النذر على ضربين نذر لجاج وغضب ونذر تبرر، فأمّا نذر اللجاج والغضب، فهو ما قصد به الإلزام أو المنع مثل أن يقول: إن كلمت فلاناً، فعلي كذا أو إن لم أكلم فلاناً، فعلي كذا، فإذا وجد الخلاف فهو مخيّرٌ بين كفارة اليمين وبين الوفاء بذلك على ظاهر المذهب. وأما نذر التبرر فضربان: ضربٌ علقه بجزاء مثل إسداء نعمه أو دفع نقمة، فإذا وجد شرطه لزمه الوفاء به. وضرب، يكون مطلقاً مثل أن يقول ابتدأ: لله علي أن أهدي وأتصدّق، فالمذهب أنه يلزمه الوفاء.

ومن أصحابنا من قال: لا يلزمه الوفاء به. وقيل: وجهان. والصحيح ما ذكرنا فإذا قلنا: يلزم الوفاء يلزم [٢٤١/ب] ما عيّن، وإن أطلق، وقال: فللّه علي هدي، فالحكم ما ذكرنا، فإذا ثبت هذا فالهدي بأعلى وأدنى، فالأعلى البدنة والبقرة والأدنى شاة أو سُبعُ بَدَنه أو سبع بقرة، فمن وجب عليه هدي، فهو مخيّر بين أن يهدي الأعلى وبين أن يهدي الأدنى، فإن أهدى الأدنى فكلّه واجب، لا يجوز أكل شيء منه، وإن أخرج الأعلى فهل يكون كله واجباً، أو سبعه واجباً؟ وجهان:

أحدهما: الكل واجب ولا يجوز أكل شيء منه كما قلنا في كفّارة اليمين، يتخيّر بين العتق والإطعام وأيهما أخرج كان كله واجباً.

والثاني: سبعه واجب والباقي تطوع لأنه أقيم مقام سبع من الغنم، ويفارق العتق في

الكفّارة، لأنه لا يتبعّض ولا يجوز الاختصار فيها، على بعض الرقبة بخلاف هذا. وهذا أظهر فعلى هذا يجوز أكل الزيادة، ثم قال: وليس له أن ينحر دون الحرم. وقد ذكرنا موضع نحر الهدي، وتفرقة اللحم، ولو عيّن بكذا في النذر يذبح ويفرق في تلك البلدة.

مَسْأَلَةٌ: قالَ: وإن كان الهدي بدنة أو بقرة قلّدها نعلين.

الفَصْلُ

إذا نذر هدياً لا يخلو إما أن يكون إبلاً أو بقراً أو غنماً، فإن كان إبلاً أو بقراً، فالسنة أن يقلّدها ويشعرها والتقليد: أن يقلدّها ويعلق في عنقها والإشعار: أن يضرب شقّها الأيمن من موضع السنام بحديده حتى يدميها، وهي مستقبلة القبلة، فيرى على جانبها، فيعلم أنه هدي وإن قرن بين اثنين أشعر أحدهما من الأيمن والآخر من الأيسر ليشاهد كل واحدٍ منهما.

وبه قال أحمد ومحمد وقال مالك وأبو يوسف وابن أبي ليلى: يشعرها من الجانب الأيسر. وروي ذلك عن ابن عمر رضي الله عنهما. [٢٤٢/أ] وقال مالك في البقر: إن كان لها سنام يستحبّ الإشعار وإلا فلا. وقال أبو حنيفة وحده: الإشعار بدعة والتقليد سنّة. واحتجّ بما روي عن رسول الله ﷺ أنه نهى عن تعذيب الحيوان»، وهذا غلط لما روى ابن عباس رضي الله عنهما أن رسول الله ﷺ صلّى الظهر بذي الحليفة، ثم دعا ببدنة، فأشعرها من صفحة سنامها الأيمن، ثم سلت الدم عنها، وقلدها نعلين، ثم أتى براحلته، فلما قعد عليها واستوت به على البيداء أهلّ بالحجّ». وهذا نصّ صريح.

وقوله: سلت الدم أي: أماطه وأصل السلت القطع، وقيل: ذلّله على الموضع الذي خرج منه وقوله: استوت على البيداء، أي: علت فوق البيداء وأما الخبر الذي ذكر قلنا: التعذيب ما كان يفعلونه من قطع أسنمة الإبل وإليات الشاءة، وسبيل الإشعار سبيل ما أبيح من الكيّ والتوديج والتبريغ والميسم. وفي هذا فوائد، منها: أنها إذا تغيرت أو اختلطت بغيرها أو ضلّت استدل بها عليها، وميزت من غيره.

ومنها: أنه ربما يقصدها سارق، فإذا رأى عليها علامة الهدي ربما يرتدع فيتركها.

ومنها: أنها ربما تعطب، فتنحر وتترك في موضعها، فإذا رأى المساكين تلك العلامة يعرفونها.

ومنها: أنه إذا رآها المساكين اقتفوا أثرها إلى المنحر، واحتجّ مالك بما روي عن ابن عمر رضي الله عنهما أنه كان يشعر بدنه في جانب سنامها الأيسر. قلنا: خبر الرسول ﷺ أولى منه. ثم روي عنه أنه كان يقرن بين هديين، ويشعر الجانب الذي ظهر من كل واحد منهما، وهو مذهبنا، وإن كانت غنماً، فالتقليد فيها مسنون [٢٤٢/ب].

قال الشافعي رضي الله عنه: قلدها خرب القرب ولا يشعرها، وأراد بخرب القرب أطرافها وعراها، وإنما قلنا: لا يشعرها لأن على موضع الإشعار منها صوفاً يمنع من ظهور الإشعار عليها، ولأنها ضعيفة لا تحتمل الإشعار.

وقال أبو حنيفة ومالك: لا يسن تقليدها، وهذا غلط لما روي عن عائشة رضي الله عنها: «أن النبي ﷺ أهدى عنهما مقلدة». وقال جابر: «كان في هدي رسول الله ﷺ غنم مقلدة»، ولأن التقليد سن في الإبل حتى إن ضلت تعرف بذلك. وهذا في الغنم أولى، لأنها أقرب إلى النفور من الإبل، لأن الإبل تقاد بأزمتها، والغنم مجللة، ثم قال: وإن ترك التقليد والإشعار أجزأه لأنها هيئة مسنونة شرع لتمييز الهدي من غيره.

فَرْعٌ

لا تأثير للتقليد في الإحرام، فإذا قلد الهدي لم يصر محرماً حتى ينوي الحجّ أو العمرة. وبه قال عطاء، وروي عن ابن عباس أيضاً. وقال الثوري وأحمد وإسحاق: إذا أراد الحجّ وقلد فقد وجب عليه، وهذا غلط، لما روي عن عائشة رضي الله عنها، قالت: «بعث رسول الله ﷺ بالهدي وأنا فتلت قلائدها بيدي من عهن كان عندنا ثم أصبح فينا حلالاً يأتي ما يأتي الرجل من أهله»، ولأن هذا تجرد عن نية الإحرام، فلا يصير محرماً، كما لو اغتسل ولبس إزاراً أو رداء.

مَسْأَلَةٌ: قالَ: ويجوز أن يشترك [السبعة] في البدنة الواحدة.

الفَصْلُ

يجوز أن يشترك السبعة في البدنة الواحدة والبقرة الواحدة سواء أرادوا قربة واحدة أو قرباً مختلفة، أو أراد بعضهم الفدية، وبعضهم اللحم وسواء كانوا متطوعين أو مؤدين للواجب.

وقال مالك: إن كانوا متطوعين [٢٤٣/أ] يجوز الاشتراك فيهما إن كانوا من بيتٍ واحدٍ، وإن كانوا من بيوتٍ متفرقة لم يجز، وإن كانوا مؤدين للواجب لا يصحّ منهم الاشتراك. وقال أبو حنيفة: إن كانوا متفرقين يصحّ الاشتراك اتفقت جهة قربهم أو اختلفت متطوعين أو مؤدين واجباً، وإن كان بعضهم يريد اللحم لا يصحّ الاشتراك، وهذا غلط لما روى أبو هريرة وعائشة رضي الله عنهما: «أن النبي ﷺ ذبح عمن اعتمر من نسائه بقرة بينهن». وكان واجباً لأنهن كن متمتعات.

وقال جابر: «كنا نتمتع على عهد رسول الله ﷺ، فكان يشرك السبعة في البدنة»، ولأن كل بدنة جاز أن ينفرد الواحد بإخراجها على جهة جاز أن يشترك السبعة في إخراجها على تلك الجهة كما لو كانوا متطوعين، واحتج مالك بما روي عن ابن عباس رضي الله عنهما، قال: ما كنت أرى دماً يقضى عن أكثر من واحد. قلنا: خبر الرسول ﷺ أولى من ذلك.

واحتجّ أبو حنيفة بأن الدم الواحد لا يتبعض فإذا لم يكن بعضه قربة لا يكون شيء منه قربة. قلنا: إذا جاز أن تجتمع فيه القربى المختلفة جاز أن تجتمع فيه القربة وغير القربة في السبع من الغنم. وحكى أحمد وإسحاق أنهما قالا: لا يجوز اشتراك العشرة في البدنة الواحدة، ولا يجوز في البقرة إلا اشتراك السبعة، وهذا غلط، لما ذكرنا من

خبر جابر رضي الله عنه في حصر الحديبية، فإذا تقرّر هذا فإن أرادوا القربة ذبحوها وسلموا إليهم مذبوحاً ليتصرفوا فيه.

ثم إن قلنا: القسمة إفراز حقّ لهم أن يقتسموها بينهم، فإن قلنا يبيع لم يجز ذلك فيبيع بعضهم من بعض بالدراهم مشاعاً، وإن أراد بعضهم القربة وبعضهم اللحم [٢٤٣/ب]، فإن المتقرب يسلم نصيبه إليهم، وأقلهم ثلاثة أنفس، فيقول لهم: فيها السبع وقد سلّمته إليكم مشاعاً، ويقبضونه منهم، فإذا قبضوه سقط الفرض عنه، ثم إن أرادوا أن يقتسموا ويفرق كل واحد منهم نصيبه، فالحكم على ما ذكرنا.

قال صاحب «التلخيص»: إذا قلنا: القسمة بيع لا يجوز بيع بعضه ببعض كالرطب والعنب واللحم الرطب إلا في موضع واحد، وهو إذا اشتركوا في بدنة أو بقرة في هدي أو أضحية أو جزاء أو أي دم كان لله تعالى واجباً كان أو غير واجب يجوز أن يقتسموا للضرورة، لأنه لا مدخل للبيع فيها إذ لا يجوز بيع شيء من الهدي والأضحية.

قال: وكذلك إذا أراد بعضهم اللحم، وهذا لا يصحّ، لأنه يمكنهم بيعه ممن يريد اللحم ويقتسمون ثمنه.

وقال أبو حامد: الحيلة فيه أن يجزأ سبعة أجزاء، ويقول كل واحدٍ من الشركاء: اتبعت حقّكم من السبع بدرهم وبعتكم حقي بدرهم، فيحصل لكل واحد منهم السبع، ويكون ذلك بيع لحم وابتياعه بدرهم لا أنه بيع لحم بلحم. وهذا بعد تسليم نصيبهم مشاعاً إلى المساكين ليكونوا شركاء لأصحاب اللحم، فيصحّ البيع حينئذٍ، فإن قبل ذلك، لا يصحّ البيع.

مَسْأَلَةٌ: قالَ: فإن كان الهدي ناقة فنتجت سيق معها فصيلها.

الهدايا على ثلاثة أضرب: هدي يسوق المحرم مع نفسه ولا يعيّن النذر فيه ولا نوى به التطوع، بل ساقه على أنه إن لزمه هدي أخرجها، وإن لم يلزمه إن شاء أخرجها تطوعاً، وإن شاء تركها، فهذه ملكه وله التصرف فيها كيف شاء بالبيع وغيره، وإن نتجت كان النتاج له كالأم، لأنها لم تصر بالسوق هدياً، وإن تلف تلف من ماله، ولا شيء عليه، وهدي عينه نذراً [٢٤٤/أ].

فقال: لله عليّ أن أهدي هذه الشاة بعينها فقد زال ملكه بذلك، وصارت ملكاً لمساكين الحرم، ويجوز له التصرف فيها بوجهٍ، وإن تلفت كان تلفها من مال المساكين، وإن ولدت ولداً ساق معها ولدها، قال: فإن كان لا يقدر على المشي حمله على أمه، وإن حمل عليها من غير ضرورة، فأعجفها غرم قيمة ما نقصها، وهدي كان في ذمته واجباً بعينه في شاة بعينها، فتعين ذلك فيه، لأن ما كان ثابتاً في الذمة إذا عين في شيء تعين. ألا ترى أنه لو كان في ذمته عتق فعينه في عبد تعيّن فيه؟ وليس له النظر فيه بوجه.

ثم ينظر فيه، فإن سلم دفعه إلى المساكين، وإن عاب عاد إلى ملكة، وعليه أن يذبح هدياً سليماً من العيب، لأنه إذا لم يجز عما في ذمته وجب أن يعود إلى ملكه.

وكذلك إذا تلف يجب عليه البدل. والفصل بين هذا والذي قبله أن هناك لم يكن في ذمّته شيء نقله إلى العين، بل نذر هدي شيء بعينه، فيتعلّق به حق المساكين وحده، ولا يلزمه الضمان إذا تلف، وههنا في ذمته سليم، فإذا نقله إلى عين كان بشرط السلامة.

ومن أصحابنا من قال: لا يعود بالعيب إلى ملكه كما لو ضلّ فيخرج هذا المعيب والذي في ذمّته أيضاً، وهذا ضعيف. وبه قال أحمد، فإذا تقرر هذا فإن نتجت هذه، وعاد الأصل إلى ملكه بالعيب، هل يعود الفصيل إلى ملكه. قال القاضي الطبري: يجب أن يعود الفصيل أيضاً إلى ملكه، ولا يلزمه ذبحه.

ومن أصحابنا من قال: ظاهر المذهب أنه يلزمه ذبحه ويكون للفقراء كما يقول في ولد [٢٤٤/ب] المبيعة إذا ماتت أمها في يد البائع يبطل البيع فيها، ويبقى الولد للمشتري. وكذلك لا يبطل التدبير في ولد المدبرة يتلف الأم، ومن أصحابنا من قال: هل يتبعها الولد ههنا؟ وجهان:

أحدهما: يتبعها.

والثاني: لا يتبعها لأنه حدث في ملك المساكين ويكون للمهدي، لأن ملك المساكين لم يستقر عليها، ولهذا لو تلف أو غاب كان عليه البدل.

فَرْعٌ آخرُ

إذا قلنا: يعود إلى ملكه بعدما غابت لا يجوز له التصرف فيها بالأكل والبيع والهبة وغيرها.

وقال بعض أصحابنا بخراسان: يجوز الأكل منها، وهل له أن يبيعها؟ وجهان:

أحدهما: له ذلك.

والثاني: لا يجوز البيع، لأنه كان قد تقرب به.

فَرْعٌ آخرُ

لو غاب بعدما وصل إلى الحرم. قال ابن الحداد في فروعه: أجزأه لأنه بلغ محلّه. وقال سائر أصحابنا: لا يجزئه، وهو الصحيح، لأنه غاب قبل وصوله إلى مستحقّه كما لو غاب قبل ذلك، وما ذكره لا يصحّ، لأنه لم يسقط عنه الفرض بوصوله إلى الحرم، وعلى قول ابن الحداد لو مات أو سرق بعد وصوله إلى الحرم أجزأه أيضاً.

فَرْعٌ آخرُ

لو ضلّ هذا الهدي وجب عليه إخراج ما في ذمته. قال الشافعي: ويصير إلى آخر أيام التشريق، فإن لم يجد ذبح آخر مكانه، فإن وجده بعد ذلك ذبحه أيضاً، فمن أصحابنا من قال: يجب ذبحه، وبان بالوجود أن الواجب هذا، ويفارق هذا إذا غاب حيث قلنا: يعود إلى ملكه [٢٤٥/أ]، لأن بالعيب خرج عن صفة الإجزاء وبالضلال لم يخرج عن حدّ الإجزاء، فلم يزل ملك الفقراء عنه، ولا يعود إلى ملكه، وعلى هذا قال

القاضي الطبري: لو وجده قبل تفرقة لحم البدل، لم يلزمه تفرقته، ويحتمل أن يقال: يجب تفرقته كما إذا لم يجد ما يتطهر به، فصلّى ثم وجد الطهور يتطهر ويصلّي أيضاً، وكلاهما واجبان.

ومن أصحابنا من قال: لا يجب ذبحه بعدما ذبح البدل، وإنما ذكر الشافعي ذلك استحباباً. والمذهب الأول لما روي عن عائشة رضي الله عنها أنها حجّت فأهدت بدنتين فضلّتا، فبعث ابن الزبير بهديتين إليها فنحرتهما. ثم عاد الضالان فنحرتهما، وقالت: هذه سنة الهدي، وروي: فاشترت مكانهما هديين فقلدتهما، ثم وجدت الأوليين، فنحرت أربعتهن، فكانت كلما حجّت بعد ذلك أهدت أربعاً من البدن، وعلى هذا قال في «الحاوي»: لو ضلّ الهدي سائقه المحرم ابتداء حتى خرجت أيام التشريق [فهل عليه مثله بدلاً أم لا؟ على قولين: **أحدهما**].

قال في «القديم»: عليه بدله، لأن ضلاله بتفريط من سائقه. **والثاني**: لا يكون عليه بدله كما لو مات، وعلى هذا لو أبدله ثم وجده نحره.

فَرْعٌ آخرُ

لو عيّن أفضل مما عليه مثل أن يعيّن عن الشاة بدنة أو بقرة، ثم غاب، فعادت إلى ملكه، هل يجب عليه ما كان في ذمته أو مثل ما عيّن؟ وجهان:

أحدهما: مثل ما عيّن لأنه أوجب الفضل بتعيينه.

والثاني: يجب ما كان في ذمته، وهو الصحيح، لأن التعيين بطل، فرجع إلى ما في ذمته. ومن أصحابنا من قال: إن فرط يلزمه مثل الذي عيّن، لأن الفضل لزمه بالتعيين، وإن لم يفرط، ففيه وجهان على ما ذكرنا [٢٤٥/ب].

وقال بعض أصحابنا: قال الشافعي في «الجديد»: يجب ما كان في ذمته. وقال في «القديم»: أخرج وتصدق بالفضل وليس بشيء.

فَرْعٌ آخرُ

هل له أن يشرب من لبن الهدي؟. قال في «الأوسط»: ليس له أن يشرب من لبن الهدي إلا بعد ري فصيلها، وكذلك ليس له أن يسقي أحداً. وقال في مواضع آخر: إن كان لبنها وفق حاجة الفصيل لم يشرب شيئاً، وإن فضل عنه، أو لم يكن لها فصيل أحببت أن يتصدّق به على المساكين، فإن شربه جاز.

وقال القفال: هذا في التطوع، وفي الواجب هل يجوز شرب لبنها؟ وجهان، وهذا خلاف المنصوص، فإن قيل: إذا لم يجز له أن يأكل النتاج وجب أن لا يجوز له شرب اللبن، لأن كليهما بمائه. قيل: الفرق أن اللبن يستخلف بخلاف الولد، ولأن تبقية اللبن في الضرع يضرّ بالهدي وحمله وحلبه إلى مكة لا يمكن، فأبيح له شربه.

وقد روي أن علي بن أبي طالب رضي الله عنه رأى رجلاً يسوق بدنة ومعها ولدها، فقال: لا تشرب من لبنها إلا ما فضل عن ولدها، فإذا كان يوم النحر، فاذبحها وولدها.

فَرْعٌ آخرُ

لو شرب منه والولد يحتاج إليه، فهزل الولد فعليه ما نقصه الهزل.

فَرْعٌ آخرُ

هل له أن يركبها؟ قال في «الأوسط»: إذا ساق الهدي ليس له أن يركبه إلا من ضرورة، وإذا اضطر إليه ركبه ركوباً غير قادح، وله أن يحمل الرجل المعيي والمضطر على هديه، فإن استدام الركوب مع الاستغناء عنه، فعليه ما نقص الركوب. والدليل على جواز الركوب [٢٤٦/أ] قوله تعالى: ﴿لَكُمْ فِيهَا مَنَافِعُ إِلَىٰٓ أَجَلٍ مُّسَمًّى﴾ [الحج: ٣٣]، وسئل جابر رضي الله عنه عن ركوب الهدي، فقال: سمعت رسول الله ﷺ يقول: «اركبها بالمعروف إذا ألجئت إليها حتى تجد ظهراً». وروي عن أنس أن النبي ﷺ قال: «اركبوا الهدي بالمعروف حتى تجدوا ظهراً». وروى أبو هريرة أن رسول الله ﷺ رأى رجلاً يسوق بدنةً، فقال: «اركبها»، فقال: إنها بدنة، فقال: «اركبها ويلك» في الثانية والثالثة.

وقال أحمد وإسحاق: له أن يركبها ولم يشرط الحاجة. وقال مالك: لا بأس أن يركبها ركوباً غير قادح. وقال أبو حنيفة: لا يركبها. وبه قال الثوري، وهذا غلط، لأن المنافع تتلف، فكان له استيفاء ذلك، وإنما شرطنا الحاجة، لأنه ربما يبعضها، ولأن ملكه زال عنها إلى المساكين، ولا يجوز أن ينتفع بملك غيره إلا لضرورةٍ.

وقال القفال: هل يجوز الركوب؟ فيه وجهان:

أصحّهما: أن له الركوب قدر ما لا يضرّ سواء كانت ضرورة أو لا وهذا خلاف النص الذي ذكرنا.

فَرْعٌ آخرُ

لا يجوز بيع الهدي المعيّن نذراً. وقال أبو حنيفة: يجوز بيعه ويشتري بثمنه غيره، ويهدي به، ويجوز له إبداله أيضاً، واحتجّ بأنه لم يزل ملكه عنه، لأنه لو زال ملكه عنه لما جاز نحره، لأنه لا ينحر ما لا يملكه، وهذا غلط لما روى ابن عمر عن عمر رضي الله عنه أتى النبي ﷺ، فقال: يا رسول الله أهديت بختياً فأعطيت بها ثلاثمائة دينار، أفأبيعها وأبتاع بثمنها بدناً فأنحرها؟ فقال: «لا، لكن انحرها إياها»، ولأن هذا حقّ يتعلق بالرقبة يسري إلى الولد، فوجب أن يمنع [٢٤٦/ب] البيع كالاستيلاد، وأما ما ذكره لا يصحّ، لأنه لا نسلم ما عينه بالذبح ويجب عليه ذلك.

فَرْعٌ آخرُ

لو عاب هذا المعيّن بعد أن وصل إلى مكّة فقد بلغ محلّه، وليس عليه غيره فيذبحه ويجزئه لما روى ابن الزبير رضي الله عنه أتى في هداياه بناقةٍ عوراء، فقال: إن كان أصابها بعدما اشتريتموها فامضوها وإن كان أصابها قبل أن تشتروها، فأبدلوها، ولأنه لو هلك جميعه لم يضمنه، فإذا نقص بعضه لم يضمنه، وهذا لأنه أمانة عنده.

وقال في «الحاوي»: هل عليه بدله له إذا أعطب في الطريق؟ فيه وجهان مبنيان على الوجهين، هل يجوز الأكل منه؟ فإن قلنا: يجوز كان كالتطوع، فلا بدل عليه، وهذا أصحّ.

فَرْعٌ آخرُ

لو عيّنه معيباً، فقال: لله عليّ أن أهدي بهذا. قال ابن الحداد: يجب عليه ذبحه، ويفارق هذا إذا عيّنه عن الواجب في ذمته، ثم عاب لأنه لم يقصد التقرب بالمعيب.

فَرْعٌ آخرُ

لو ساق هدياً تطوعاً فضل فلا شيء عليه وإن وجده بعد أيام ذهاب النحر فذبح لا يكون هدياً بل يكون شاة لحم، نصّ عليه.

مَسْأَلَةٌ: قالَ: تنحر الإبل قياماً معقولة وغير معقولة.

السنة في الإبل النحر لما روي في خبر جابر رضي الله عنه: فنحر البدنة عن سبعة. والسنة في البقر والغنم الذبح لما روي أن النبي ﷺ ذبح عمن اعتمر من نسائه بقرة، فإن خالف السنّة فنحر البقرة والغنم جاز ويكره وتفسير النحر قطع الحلقوم في أسفل العنق عند اللثة فيطعن حربةً أو سكيناً في نقرة النحر، وهي الحفرة التي بين أصل العنق والصدر. [٢٤٧/أ] والذبح قطع الحلقوم أسفل مجامع اللحيين. وهذا لأن النحر في الإبل أسرع لخروج روحه من الذبح لطول عنقه بخلاف البقرة والغنم، فإذا تقرر هذا، فالسنة أن ينحر الإبل قياماً معقولة يده اليسرى، فيقوم على رجليها وإحدى يديها.

وقال في «الأوسط»: ينحرها غير معقولة، فإن أحب أن يعقل إحدى قوائمها فعل ما ذكرنا، وإن نحرها باركة أو مضطجعةً جاز، وقال عطاء: السنة أن ينحرها باركة لئلا يترشش الدم على الناحر، وهذا غلط لقوله تعالى: ﴿فَٱذْكُرُواْ ٱسْمَ ٱللَّهِ عَلَيْهَا صَوَآفَّ﴾ [الحج: ٣٦] وقرأ الحسن: «صوافي» يعني قياماً على ثلاث قوائم، ولأن الله تعالى قال: ﴿فَإِذَا وَجَبَتْ جُنُوبُهَا﴾ [الحج: ٣٦] أي: سقطت من النحر فدلّ أنها تذبح قياماً حتى تسقط. وروى جابر «أن النبي ﷺ نحر بدنه قياماً معقولة يدها اليسرى»، وإن لم يمكنه النحر قياماً لصعوبتها وامتناعها نحرها باركةً، وروى أن ابن عمر رضي الله عنهما رأى رجلاً ينحر بدنته باركةً، فقال: انحرها قياماً سنة أبي القاسم ﷺ.

وروى أنس رضي الله عنه أن النبي ﷺ نحر سبع بدنات بيده قياماً. وقال زياد: رأيت ابن عمر ينحر بدنته قائمة، ويقول: سنة أبي القاسم ﷺ.

فَرْعٌ آخرُ

لو كان عليها صوف ينظر، فإن كان الصلاح في تركه بأن يكون في الشتاء يحتاج إليه للتدفئة لم يجزه، لأنه ينتفع به الحيوان في دفع البرد وينتفع به المساكين عند الذبح، وإن كان الصلاح في جزه بأن يكون في الصيف، وقد بقي لوقت النحر مدة طويلة جزه، لأنه يترفه به الهدي، وينتفع به المساكين عند سمنه به [٢٤٧/ب].

فَرْعٌ آخرُ

يستحبّ لمن قصد مكة حاجّاً أو معتمراً أن يهدي إليها من بهيمة الأنعام، وينحرها، ويفرق لحمها لما روي أن رسول الله ﷺ «أهدى مائة بدنة» ويستحبّ أن يكون ما يهديه سميناً حسناً لقوله تعالى: ﴿وَمَن يُعَظِّمْ شَعَٰٓئِرَ ٱللَّهِ فَإِنَّهَا مِن تَقْوَى ٱلْقُلُوبِ﴾ [الحج: ٣٢]، قال ابن عباس في تفسيرها هو: الاستسمان والاستحسان والاستعظام.

فَرْعٌ آخرُ

قال الشافعي رضي الله عنه: وأحبّ إليّ أن يذبح النسيكة صاحبها أو يحضر الذبح، فإنه يرجى عند سفوح الدم المغفرة، ويستحبّ أن يلي تفرقة اللحم بنفسه، فإن وكل فيه جاز سواء وليها بنفسه أو استناب فيها، فعلى من ولي ذلك أن يفرقها وله أن يخلّي بينها وبين المساكين.

وهذا لما روي عن عبدالله بن قرط أن النبي ﷺ قال: «إن أعظم الأيام عند الله يوم النحر ويوم القر وقرب لرسول الله ﷺ بدنات خمس أو ست، فطفقن يزدلفن إليه بأيتهن يبدأ، قال: لما وجبت جنوبها تكلم بكلمة خفية لم أفهمها. قال: قلت ما قال؟ قال: من شاء اقتطع» فدل أنه خلّى بينهم وبينها. وقوله: يزدلفن أي: يقربن، يقال: زلف الشيء إذا قرب. وقوله: وجبت جنوبها، أي: زهقت أنفسها، فسقطت على جنوبها. وقوله: من شاء اقتطع يدلّ على جواز هبة المشاع، وقيل: يدلّ على جواز أخذ النثار في العرس، وأنه ليس من باب النهي بل هو من باب الإباحة، فإن قيل: عندكم النثار مكروه، فما الفرق؟ [٢٤٨/أ].

قلنا: النثار لا يزيل ملك صاحبه فربما يأخذه من لا يحبه صاحبه وههنا صار ملكاً للفقراء.

فَرْعٌ آخرُ

إذا كان واجباً يلزمه أن يفرق لحمه وجلده. وقال في «القديم»: وجلالها ونعالها يعني الذي قلد بها البعير ويستحبّ هذا، لأنه من توابعها، ولا يعطي الجازر أجرته من لحمها، ولا من جلدها، لأن الأجرة على المهدي الموفي، فإن كان فقيراً أعطاه منه سوى الأجرة. وهذا لما روي عن علي رضي الله عنه، قال: أمرني رسول الله ﷺ أن أقوم على بدنه وأقسم جلودها وجلالها، وأمرني أن لا أعطي الجزار منها شيئاً، وقال: «نعطيه من عندنا».

وقال الحسن: لا بأس أن يعطي الجازر الجلد.

فَرْعٌ آخرُ

لو ترك تفرقة اللحم حتى أنتن، قال في «مختصر الحجّ» أعاد يعني يضمنه بمثله، فيذبح هدياً آخر. وقال في «القديم»: عليه قيمته. وقال أصحابنا: هذا هو المذهب، وقوله: أعاد، أراد إخراج القيمة، لأنه إتلاف لحم وبالذبح حصل المقصود، وهو كما

لو ضحى شاةً، ثم أتلف رجل اللحم غرم القيمة، ولا يلزم المضحي أن يشتري بتلك القيمة شاة أخرى. وقيل: يشتري بالقيمة لحماً ويتصدق به.

وقال أبو حنيفة: يسقط الفرض بالذبح ولا شيء عليه، وهذا غلط، لأن الذبح إنما يصير قربة بتفريق اللحم، وهو المقصود، فإذا لم يكن قربة يعيد.

مَسْأَلَةٌ: قالَ: فإن كان معتمراً نحره بعدما يطوف بالبيت.

الفَصْلُ

المعتمر إن لم يرد الحجّ بعدها لم يكن متمتعاً، ولا يلزمه الدم، ولكنه يستحبّ فينحر عند المروة، ولو ذبح في غيرها جاز، وإذا كان متمتعاً نحر بمنى، وقد تقدم الكلام فيه.

مَسْأَلَةٌ: قالَ: وما كان منها تطوعاً أكل منها [٢٤٨/ب].

الفَصْلُ

الهدايا على ثلاثة أضرب: واجب يتعلق بالإحرام وواجب يتعلق بالنذر وتطوع. وهل يجوز الأكل منها؟ قد ذكرنا فيما قبل، وقيل ما وجب النذر إن كان على سبيل المجازاة لا يجوز الأكل منها، وإن كان مطلقاً غير معلق يجزئ.

وقلنا: ينعقد نذره، ففي جواز الأكل وجهان، وظاهر المذهب أنه يجوز الأكل والقياس لا يجوز. وقال بعض أصحابنا بخراسان: يجوز الأكل من الأضحية الواجبة، لأن لفظ الأضحية دليل على جواز الأكل ولا أصل لوجوبها شرعاً بخلاف الهدي ولو عيّن هدياً، هل يجوز الأكل؟ ينظر، فإن قال: جعلت هذا هدياً له أن يأكل ولو نذر مطلقاً، ثم عيّن هذا هل يأكل؟ وجهان:

أحدهما: لا يأكل، لأنه أفرغ ذمته بهذه العين.

والثاني: يأكل، ولو قال: لله عليّ أن أهدي شاة، هل له أكلها؟ وجهان:

أحدهما: لا لأنه لزمه بهذا النذر إراقة دم.

والثاني: له ذلك لأنه لم يجب في الأصل، ولو قال: لله عليّ أن أهدي بهذه الشاة بعينها، فيه طريقان:

أحدهما وجهان كما لو قال: لله عليّ أن أهدي شاة.

والثاني: هو كما لو قال: جعلت هذا هدياً، ولم يقل: لله عليّ فيجوز أكله، وكل موضع لا يجوز الأكل، فخالف وأكل ضمن، وما الذي يضمن فيه ثلاثة أوجه:

أحدها: يضمن قيمة اللحم الذي أكله كما لو أتلف أجنبيّ، لأنه أتلف على المساكين مالا مثل له [٢٤٩/أ].

والثاني: يجب عليه لحم مثله، لأنه أقرب وجميعه مضمون عليه بمثله حيواناً، فلذلك بعضه.

والثالث: يعتبر كم هو من الهدي، فإن كان نصفاً يلزمه النصف من الهدي الحي،

وهذا لأن ما لم يصل من اللحم إلى المساكين يبطل حكم إراقة الدم فيه كما لو ذبحه وأتلف كله يجب عليه أن يذبح أخرى هكذا. ذكر أصحابنا: وقد تقدم خلافه، وإن كان الهدي تطوعاً قد ذكرنا أنه يستحبّ له الأكل منه، وهذا لما روي أن النبي ﷺ: «أهدى مائة بدنة فتولى نحر نيف وستين منها. وولي علياً الباقي ثم أمر فقطع من كل واحدةٍ قطعة من لحم فطبخ ذلك، فأكل من لحمها وتحسى من مرقها»، ولو أكل الكل كم يضمن؟ وجهان:

أحدهما: القدر الذي لو تصدّق به أجزأه.

والثاني: يضمن القدر الذي يستحب له أن يفرقه. وذلك النصف أو الثلث على اختلاف القولين.

وقال الشيخ أبو حامد: هذا التفريع من أصحابنا على هدي التطوع بعيد، فإن من المحال أن يضمن ما يتطوع به، ولكن هذا التفريع يعود إلى النذر المطلق، فإن المنصوص جواز الأكل منه، فكل ما قالوا في التطوع، فهو في هذا النذر المطلق وأصل هذا الاختلاف من أنه يجب تفريق الزكاة على ثلاثة من كل صنفٍ، فإن أعطى اثنين، ولم يعط الثالث يضمن وكم يضمن؟ وجهان:

أحدهما: قدر ما يجزىء دفعه إليه.

والثاني: قدر ما يستحبّ دفعه إليه وهو الثلث.

مَسْأَلَةٌ: قالَ: وما عطب منها نحرها وخلّى بينها وبين المساكين.

إذا ساق الهدي، فعطب منه [٢٤٩/ب] شيء، أي: زمن ولم يقدر على سوقه، فإن كان تطوعاً، فله ذبحه وأكله وإطعام الأغنياء والفقراء، وإن كان واجباً لا يخلو إما أن يكون معيناً بالنذر، أو معيناً عن هدي في ذمته، فإن كان معيناً في الأصل، فقد زال ملكه إلى المساكين على ما ذكرنا، فينحره ويغمس نعليه في دمه ويضرب بهما صفحة سنامه، ويخلّي بينها وبين المساكين والنعلان هما اللذان علقا على رقبته.

والأصل في هذا ما روى ابن عباس أن النبي ﷺ بعث فلاناً الأسلمي، وهو ناجية وبعث معه بثماني عشرة بدنة، فقال: «أرأيت أن أرجف علي منها شيء، قال: تنحرها ثم تصبغ نعلك في دمها ثم اضربها على صفحتها، ولا تأكل منها أنت ولا أحد من أصحابك. أو قال: «أهل رفقتك» ومعنى إرجف أعني أو كل، وإنما أمر بهذه العلامة ليعلم من رآه أنه هدي، ولأن هذا الهدي صار مصدوداً عن البيت فيجب ذبحه في موضعه كدم المحصر، فإذا تقرر هذا فلا خلاف أنه لا يجوز له أن يأكل منه، ولا أغنياء أهل الرفقة، فأما فقراء أهل الرفقة، هل يأكلون؟ المنصوص أنه لا يحلّ لهم أيضاً.

وهذا ظاهر نص السنة والمعنى في ذلك أنا لو أبحنا لهم ذلك، ربما يتسببون إلى إزمانه وإعطابه طمعاً، في أكل لحمه، فحرم عليهم حتى يصونوا هذا الهدي ويحفظوه عن التلف والعطب.

ومن أصحابنا من قال: يحلّ لهم كما لغيرهم، لأن بحصولهم في هذا الموضع صاروا من أهله. وقال بعض أصحابنا بخراسان: يريد بالرفقة الذين معه على السفرة أو النهد دون أهل القافلة كلهم، [٢٥٠/أ] وهذا حسن، وقيل: يحرم على سائقه أن يأكل ولا يحرم على غيره أن يأكل منه إن احتاج إليه لما روي من خبر آخر أنه قال: «انحره ثم خلّ بينه وبين الناس».

ذكره أبو سليمان الخطابي رحمه الله. وإنما يحلّ أكل هذا إذا خلّى بينه وبين المساكين لفظاً، بأن يقول: أبحته لهم، لأن النبي ﷺ لما نحر البدن، قال: «ليقطع من شاء منكم»، وهذا لأن له أن يخصّ به من شاء من الفقراء، فإذا تقرر هذا فمن سمع الإذن حلّ له أن يأخذ، ومن لم يسمع وجهل، هل تلفظ به صاحبها، هل يحل له الأكل منها؟ فيه قولان:

أحدهما: يحلّ نص عليه في «الأم»، لأن الظاهر أنه أباح لفظاً. وقال في «الإملاء»: لا يحلّ حتى يتحقق ذلك، فإن نحره، ولم يبحه لفظاً للمساكين ضمنه، وكذلك إن ترك نحره حتى مات ضمنه، وإن أكل منه ضمنه. وبه قال مالك، نصّ عليه في «الأم».

وقال بعض أصحابنا بخراسان: لا يحتاج إلى اللفظ ويباح للفقراء بهذه الإمارة كمن وضع ماء على الطريق وجعل عليه إمارة الإباحة، فللناس الشرب منه، ومن قال بالأول فرق بأن أصل الماء على الإباحة بخلاف الهدي.

وإذا قلنا: يضمن ما أكله، قال صاحب «الإفصاح»: قال الشافعي عليه بدله لمساكين الحرم وعندي القياس أن يجعله لمساكين الموضع، وهذا غلط، لأنه يمكن إيصال ثمنه إلى مساكين الحرم، ولا يمكن حمل الذبيحة إليهم، وهو كما يجب حمل الولد إليهم دون اللبن.

فَرْعٌ آخرُ

لو أتلف الأجنبيّ هذا الهدي يلزمه القيمة، فإن كانت القيمة مثل [٢٥٠/ب] ثمن مثلها اشترى بها مثلها، وإن كانت أكثر ولم يبلغ ثمن المثلين اشترى المثل.

وفي الفاضل الأوجه الثلاثة، وإن كانت أقل من ثمن المثل، ففيه الأوجه الثلاثة.

فَرْعٌ آخرُ

لو كان الهدي الذي نذره اشتراه ووجد به عيباً، بعد النذر لا يمكنه الردّ بالعيب ويرجع بالأرش ويكون الأرش للمساكين، وماذا يفعل به؟ الحكم على ما ذكرنا.

فَرْعٌ آخرُ

لو نذر أن يهدي حيواناً غير النعم لا يذبحه بل يتصدّق به حيّاً على فقراء مكّة، لأن الذبح فيه لا يكون قربة، وإذا لم يكن قربة كان نقصاً، وكذلك إذا أهدى تصدّق به على فقراء مكّة.

فَرْعٌ آخرُ

لو نذر أن يهدي شيئاً من العقار باع وأوصل ثمنه إليهم، ولو نذر أن يهدي شيئاً لحمله مؤنة، هل تلزمه مؤنته؟ نظر فإن قال: جعلت في هذا هدياً، لم يلزمه مؤنته بل مؤنة حمله منها، فيباع بعضها وينفق على الباقي ليصل، وإن قال: لله عليّ أن أهدي بهذا، فالمؤنة عليه. ذكره أصحابنا بخراسان.

فَرْعٌ آخرُ

يستحب إذا فرغ من حجّه أن يزور قبر النبي ﷺ لقوله ﷺ: «من زارني بعد موتي فكأنما زارني في حياتي». وروي عن ابن عمر أن النبي ﷺ قال: «من زار قبري وجبت له الجنة». وروي: «وجبت له شفاعتي»، ويستحبّ أن يصلي في مسجد رسول الله ﷺ لقوله ﷺ: «صلاة في مسجدي هذا تعدل ألف صلاة في غيره من المساجد» ذكره أصحابنا، وحكى العيني في هذا حكاية حسنة [٢٥١/أ]، قال: كنت عند قبر رسول الله ﷺ فجاء أعرابي وقال: السلام عليك يا رسول الله، ثم قال: سمعت الله تعالى يقول: ﴿وَلَوْ أَنَّهُمْ إِذ ظَّلَمُوٓاْ أَنفُسَهُمْ جَآءُوكَ فَٱسْتَغْفَرُواْ ٱللَّهَ وَٱسْتَغْفَرَ لَهُمُ ٱلرَّسُولُ لَوَجَدُواْ ٱللَّهَ تَوَّابًا رَّحِيمًا ﴿٦٤﴾﴾ [النساء: ٦٤] وقد جئتك مستغفراً من ذنبي مستشفعاً بك إلى ربي ثم أنشأ يقول:

يَا خَيْرَ مَن دُفِنَتْ بِالقَاعِ أعظمهُ ... فَطَابَ من طيبهنّ القَاعُ والأكم
نفسي الفداء لقبرٍ أنت ساكنهُ ... فيه العَفَافُ وفيهِ الجُودُ والكرمُ

قال: ثم انصرف الأعرابي فغلبتني عيناي فنمت، فرأيت النبي ﷺ في المنام، فقال: يا عيني الحق الرجل، وأخبره أن الله عزّ وجلّ قد غفر له.

وهذا آخر ربع العبادات والحمد لله رب العالمين، وصلّى الله على نبيه محمد وآله وصحبه أجمعين.

يتلوه في الذي يليه كتاب الصيد والذبائح [٢٥١/ب].

كتاب الصيد والذبائح

باب صفة الصائد من كلب وغيره
وما يحل من الصيد وما يحرم

قال(١) الشَّافِعِيُّ رَحِمَهُ اللَّهُ تَعَالَى: «كُلُّ مُعَلَّم مِنْ كَلْبٍ وَفَهْدٍ وَنِمْرٍ وَغَيْرِهَا مِنَ الوَحْشِ وَكَانَ إِذَا أُشْلِيَ اسْتَشْلَى وَإِذَا أَخَذَ حَبَسَ وَلَمْ يَأْكُلْ فَإِنَّهُ إِذَا فَعَلَ هَذَا مَرَّةً بَعْدَ مَرَّةٍ فَهُوَ مُعَلَّمٌ وَإِذَا قَتَلَ فَكُلْ مَا لَمْ يَأْكُلْ».

قال في الحاوي: والأصل في إباحة الصيد الكتاب والسنة وإجماع الأمة.

قال الله تعالى: ﴿يَـٰٓأَيُّهَا ٱلَّذِينَ ءَامَنُوٓاْ أَوْفُواْ بِٱلْعُقُودِ ۚ أُحِلَّتْ لَكُم بَهِيمَةُ ٱلْأَنْعَـٰمِ إِلَّا مَا يُتْلَىٰ عَلَيْكُمْ غَيْرَ مُحِلِّى ٱلصَّيْدِ وَأَنتُمْ حُرُمٌ﴾ [المائدة: ١] وفي قوله تعالى: ﴿أَوْفُواْ بِٱلْعُقُودِ﴾ [المائدة: ١] فيه تأويلان:

أحدهما: أنها العقود التي يتعاقدها الناس بينهم من بيع، أو نكاح، أو يعقدها المرء على نفسه من نذر أو يمين.

والثاني: أنها العقود التي أخذها الله تعالى على عباده، فيما أحله لهم وحرمه عليهم، وأمرهم به، ونهاهم عنه.

العقد أوكد من العهد، لأن العقد ما كان بين اثنين، والعهد قد ينفرد به الإنسان في حق الله وحق نفسه.

وفي ﴿بَهِيمَةُ ٱلْأَنْعَـٰمِ﴾ [المائدة: ١] تأويلان:

أحدهما: أنه أجنة الأنعام التي توجد ميتة في بطون أمهاتها إذا ذبحت وهذا قول ابن عباس وابن عمر.

والثاني: أنها وحش الأنعام من الظباء وبقر الوحش، وجميع الصيد، وهذا قول أبي صالح. وفي تسميتها «بهيمة» تأويلان:

أحدهما: لأنها أبهمت عن الفهم والتميز.

والثاني: أنها أبهمت عن الأمر والنهي.

---

(١) انظر الأم (٢/١٩١، ١٩٢).

وفي قوله تعالى: ﴿إِلَّا مَا يُتْلَىٰ عَلَيْكُمْ غَيْرَ مُحِلِّي ٱلصَّيْدِ وَأَنتُمْ حُرُمٌ﴾ [المائدة: ١] يريد به جميع الوحش من صيد البر يحرم في الحرم، والإحرام، وفي قوله تعالى: ﴿وَأَنتُمْ حُرُمٌ﴾ تأويلان:

أحدهما: في الحرم، وهو قول ابن عباس.

والثاني: في الإحرام، وهو قول أبي صالح ﴿إِنَّ ٱللَّهَ يَحْكُمُ مَا يُرِيدُ﴾ تأويلان:

أحدهما: يقضي ما يريد عفو وانتقام.

والثاني: يأمر بما يريد من تحليل وتحريم، وهذه أعم آية في إباحة الأنعام والصيد في حالي تحليل وتحريم.

وقال الله تعالى: ﴿أُحِلَّ لَكُمْ صَيْدُ ٱلْبَحْرِ وَطَعَامُهُۥ مَتَٰعًا لَّكُمْ﴾ [المائدة: ٩٦] يعني ما عاش فيه من سمكه وحيتانه وطعامه ﴿مَتَٰعًا لَّكُمْ وَلِلسَّيَّارَةِ﴾ فيه تأويلان:

أحدهما: مملوحة.

والثانية: طافية.

﴿وَحُرِّمَ عَلَيْكُمْ صَيْدُ ٱلْبَرِّ مَا دُمْتُمْ حُرُمًا﴾ [المائدة: ٩٦] فدل على إباحته لغير المحرم، كما قال تعالى: ﴿وَإِذَا حَلَلْتُمْ فَٱصْطَادُوا﴾ [المائدة: ٢] وهذا وإن كان أمراً، وهو بعد حظر فدل على الإباحة دون الوجوب.

وقال تعالى: ﴿يَسْـَٔلُونَكَ مَاذَآ أُحِلَّ لَهُمْ قُلْ أُحِلَّ لَكُمُ ٱلطَّيِّبَٰتُ وَمَا عَلَّمْتُم مِّنَ ٱلْجَوَارِحِ مُكَلِّبِينَ﴾ [المائدة: ٤] وفي مراده بالطيبات تأويلان:

أحدهما: ما استطبتموه من اللحمان سوى ما خص بالتحريم.

والثاني: أنه أراد بالطيبات الحلال، سماه طيباً، وإن لم يكن مستلذاً تشبيهاً بما يستلذ لأنه في الدين مستلذ.

﴿وَمَا عَلَّمْتُم مِّنَ ٱلْجَوَارِحِ مُكَلِّبِينَ﴾ [المائدة: ٤] يعني: وصيد ما علمتم من الجوارح، فأضمره، لدلالة المظهر عليه.

والجوارح: ما صيد به من سباع البهائم، والطير، وفي تسميتها بالجوارح تأويلان:

أحدهما: لأنها تجرح ما صادت في الغالب.

والثاني: لكسب أهلها بها من قولهم: «فلان جارحة أهله» أي: كاسبهم.

قال الله تعالى: ﴿وَيَعْلَمُ مَا جَرَحْتُم بِٱلنَّهَارِ﴾ [الأنعام: ٦٠] أي كسبتم.

وفي قوله تعالى: ﴿مُكَلِّبِينَ﴾ تأويلان:

أحدهما: أنها الكلاب وحدها ولا يحل صيد غيرها، وهذا قول ابن عمر والضحاك والسدي.

والثاني: أن التكليب من صفات الجوارح من كلب وغيره وفيه تأويلان:

أحدهما: أنه الضراوة على الصيد، ومعناه: مضرين عليه، وهذا قول ابن عباس.

والثاني: أنه التعليم، وهو أن يمسك، ولا يأكل.

ثم قال تعالى: ﴿تُعَلِّمُونَهُنَّ مِمَّا عَلَّمَكُمُ ٱللَّهُ﴾ [المائدة: ٤] فيه تأويلان:

أحدهما: ترسلوهن على ما أحله الله لكم دون ما حرمه عليكم.

والثاني: تعلمونهم من طلب الصيد لكم مما علمكم الله من التأديب الذي علمكم، وهو تعليمه أن يستشلي إذا أشلى، ويجيب إذا دعي ويمسك إذا أخذ.

ثم قال تعالى: ﴿فَكُلُوا۟ مِمَّآ أَمْسَكْنَ عَلَيْكُمْ﴾ [المائدة: ٤] فكان هذا نصاً في الإباحة وفي سبب نزول هذه الآية قولان:

أحدهما: ما رواه أبو رافع أن جبريل عليه السلام أراد الدخول على محمد رسول الله ﷺ فرأى كلباً، فرجع، وقال: «إنا لا ندخل بيتاً فيه كلب»(١).

قال أبو رافع: «فأمرني بقتل الكلاب، فقتلتها، فقالوا: يا رسول الله ما يحل لنا من هذه الأمة التي أمرت بقتلها؟ فسكت حتى نزلت عليه بهذه الآية».

والثاني: أن زيد الخيل وفد على رسول الله ﷺ وقال له: «فينا رجلان يقال **لأحدهما** دريع، **والآخر** يكنى أبا دجانة، ولهما أكلب خمسة تصيد الظباء فما ترى في صيدها؟».

وحكى هشام عن ابن عباس أن أسماء هذه الكلاب الخمسة التي لدريع وأبي دجانة: المختلس، وغلاب، وسهلب والغنيم والمتعاطي، فأنزل الله تعالى هذه الآية وأما السنة، فروى أبو سلمة عن أبي هريرة أن النبي ﷺ قال: «من اقتنى كلباً إلا كلب ماشية أو صيد أو زرع انتقض من أجره كل يوم قيراط»(٢).

وروى أبو إدريس الخولاني عن أبي ثعلبة الخشني قال: قال رسول الله ﷺ: «كل ما ردت عليك قوسك وكلبك»(٣).

وروى عامر الشعبي عن عدي بن أبي حاتم قال: سألت رسول الله ﷺ فقلت: إنا قوم نصيد بهذه الكلاب، فقال: إذا أرسلت كلابك المعلمة وذكرت اسم الله، فكل ما أمسك عليك، وإن قتل إلا أن يأكل الكلب، فلا تأكل، فإني أخاف أن يكون إنما أمسك على نفسه، وإن خالطتها كلاب غيرها، فلا تأكل».

قال: وسألته عن صيد البازي، فقال: ما أمسك عليك، فكل. قال: وسألته عن الصيد إذا رميته، فقال: إذا رميت سهمك، فاذكر اسم الله فإن وجدته قد قتلته، فكله إلا

---

(١) أخرجه أحمد (١/١٤٨).

(٢) أخرجه البخاري (٥٤٨٠)، ومسلم (١٥٧٤).

(٣) أخرجه أبو داود (٥/٣٨٨).

أن تجده قد وقع في ماء، فمات فإنك لا تدري الماء قتله أو سهمك».

وقال: وسألته عن سهم المعراض، فقال: ما صاب بجده فكل، وما أصاب بعرضه، فهو وقيز»(١). وهذا الحديث يستوعب إباحة الصيد بجميع آلته.

فصل:

وإن ثبت إباحة الصيد جاز صيده بجميع الجوارح المعلمة من ضواري البهائم كالكلب والفهد والنمر، وكواسر الطير كالبازي والصقر والعقاب والنسر، وهو قول الجمهور، وقال الحسن البصري، وإبراهيم النخعي، وأحمد بن حنبل، وإسحاق بن راهويه: كل الصيد يجمعها إلا بالكلب الأسود البهيم. وقال عبد الله بن عمر، مجاهد والسدي: لا يحل إلا صيد الكلب وحده، ويحرم الاصطياد بما عداه، استدلالاً بقول الله تعالى: ﴿وَمَا عَلَّمْتُم مِّنَ الْجَوَارِحِ مُكَلِّبِينَ﴾ [المائدة: ٤] واستدل الحسن برواية عبد الله بن مغفل قال: قال رسول الله ﷺ: «لولا أن الكلاب أمة من الأمم، لأمرت بقتلها، فاقتلوا منها الأسود البهيم». وفيما قدمناه دليل على الفريقين؛ ولأن ما وجدت فيه شروط التعليم جاز الاصطياد به، كالكلب الأبيض.

فصل:

فإذا ثبت جواز الاصطياد بجميعها، فلا يخلو حال الصيد أن يدرك حياً أو ميتاً، فإن أدرك حياً قوي الحياة، فلا اعتبار بصفة ما صاره من معلم أو غير معلم عن إرسال واسترسال، وهو حلال إذا ذكي، فإن فاتت ذكاته حتى مات، فهو حرام، وإن أدرك الصيد ميتاً اعتبر في إباحة أكله تكامل خمسة شروط إذا تكاملت حل، وإذا لم تتكامل حرم:

أحدها: أن يسترسل الجارح عن أمر مرسله، فإن استرسل بنفسه لم يحل أكله، لقول الله تعالى: ﴿فَكُلُواْ مِمَّآ أَمْسَكْنَ عَلَيْكُمْ﴾ فلم يحل ما أمسكه على نفسه.

والثاني: أن يكون المرسل مما تحل ذكاته، فإن كان ممن لا تحل ذكاته حرم لأن إرساله كالذكاة.

والثالث: أن لا يعيب عن عين مرسله، فإن غاب عن عين مرسله لم يحل، لأنه قد يحدث بعد مغيبه ما يمنع من إباحته.

والرابع: أن لا يشركه في قتله من لا يحل صيده، وإن شركه فيه لم يحل.

والخامس: أن يكون الجارح المرسل معلماً: لقوله تعالى: ﴿تُعَلِّمُونَهُنَّ مِمَّا عَلَّمَكُمُ اللَّهُ﴾ فإن كان غير معلم لم يحل.

(١) أخرجه البخاري (٥٤٧٥)، ومسلم (١٩٢٩).

وتعليمه يكون بأربعة شروط:

أحدها: أن يستشلي إذا أشلى، وهو أن يرسل، فيسترسل.

والثاني: أن يجيب إذا دعى، وهو أن يعود إذا طلب، ويزجر إذا زجره.

والثالث: أن يحبس ما أمسكه، لا يأكله.

والرابع: أن يتكرر ذلك منه مراراً حتى تصير له عادة، ولا يصير بالمرة والمرتين معلماً.

قال الحسن البصري: يصير بالمرة الواحدة معلماً.

وقال أبو حنيفة: يصير بالمرتين معلماً، لأن الثانية من الإرسال فتصير عادة وهذا فاسد، لأن في تكامل التعليم غير مقنع في العرف، ولأنه لا يمتنع أن يكون بسبب امتناعه في الأولى موجوداً في الثانية، وإذا تكرر مع اختلاف أحواله زال، ولأن مقصود التعليم هو أن ينتقل عن طبعه إلى اختيار مرسله وهو لا ينتقل عنه إلا بالمرون عليه، فإن قيل: فقد عبر الشافعي عن إرساله بإشلائه، وهذا خطأ في اللغة؛ لأنه يقال: أشليت كلبي إذا دعوته وأشليته إذا أرسلته، واستعمل الإشلاء في ضد معناه فعنه ثلاثة أجوبة:

أحدها: أنه من الأسماء الأضداد يجوز استعماله في الأمرين.

والثاني: أنه يستعمل في الدعاء وحده، لكنه دعاه إلى الصيد، فجاز أن يكون مشلياً له، كما لو دعاه إلى نفسه كما قال الشاعر:

أَشْلَيْتُ غَيْرِي، وَمَسَحْتُ عَقْبِي

والثالث: أن الإشلاء هو الإغراء، فبأي شيء أغراه كان مشلياً له، كما قال الشاعر:

صَدَدْتُ وَلَمْ يَصْدُونَ خَوْفاً لِرِيْبَةٍ وَلَكِنْ لإِتْلَافِ المُحَرشِ وَالمُشَلَّى

أي المغرى والله أعلم.

مسألة[1]:

قَالَ الشَّافِعِيُّ رَحِمَهُ اللَّهُ تَعَالَى: «فَإِن أَكَلَ فَلَا تَأْكُلْ فَإِنَّمَا أَمْسَكَ عَلَى نَفْسِهِ وَذَكَرَ الشَّعْبِيُّ عَنْ عُدَيِّ بْنِ حَاتِمٍ رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ أَنَّهُ سَمِعَ النَّبِيَّ ﷺ يَقُولُ: «فَإِنْ أَكَلَ فَلَا تَأْكُلْ» قَالَ: وَإِذَا جَمَعَ البَازِيَّ أَوْ الصَّقْرَ أَوْ العُقَابَ أَوْ غَيْرَهَا مِمَّا يَصِيدُ أَنْ يُدعَى فَيُجِيبَ وَيَشْلَى فَيَطِيرَ وَيَأْخُذَ فَيَحْبِسَ مَرَّةً بَعْدَ مَرَّةٍ فَهُوَ مُعَلَّمٌ فَإِنْ قَتَلَ فَكُلْ وَإِذَا أَكَلَ فَفِي القِيَاسِ أَنَّهُ كَالكَلْبِ. قَالَ المُزَنِيُّ[2] رَحِمَهُ اللَّهُ: لَيْسَ البَازِيُّ كَالكَلْبِ؛ لأَنَّ البَازِيَّ وَصْفُهُ إِنَّمَا يُعَلَّمُ بِالطُّعْمِ وَبِهِ يَأْخُذُ الصَّيْدَ وَالكَلْبُ يُؤَدَّبُ عَلَى تَرْكِ الطُّعْمِ وَالكَلْبُ يُضْرَبُ أَدَباً وَلَا

---

(١) انظر الأم (٢/ ١٩٢).

(٢) انظر الأم (٥/ ٢٠٥).

يُمْكِنُ ذَلِكَ فِي الطَّيْرِ فَهُمَا مُخْتَلِفَانِ فَيُؤْكَلُ مَا قَتَلَ الْبَازِيُّ وَإِنْ أَكَلَ وَلَا يُؤْكَلُ مَا قَتَلَ الْكَلْبُ إِذَا أَكَلَ لِنَهْيِ النَّبِيِّ ﷺ عَنْ ذَلِكَ».

قال في الحاوي: إذا أرسل الجارح المعلم على صيد، فقتله، ولم يأكل منه حل أكله؟ لقول الله تعالى: ﴿فَكُلُوا۟ مِمَّآ أَمْسَكْنَ عَلَيْكُمْ﴾.

وإن أكل الجارح من الصيد الذي قتله، ففي إباحة أكله قولان سواء كان من كواسب البهائم أو كواسر الطير:

أحدهما: وهو قوله في القديم ـ يحل أكله.

وبه قال من الصحابة عبد الله بن عمر، وسعد بن أبي وقاص وسلمان الفارسي.

ومن الفقهاء مالك، وأبو ثور، وداود.

والقول الثاني: وبه قال في الجديد: لا يحل أكله.

وبه قال من الصحابة عبد الله بن عباس، وأبو هريرة.

ومن الفقهاء أهل العراق.

وقال أبو حنيفة، والمزني وهو مذهب الشعبي والنخعي أن ما كان من كواسب البهائم لم يحل أكله، وإن كان من كواسر الطير يعلم بالأكل ولا فرق بينهما عند الشافعي على القولين؛ لأمرين:

أحدهما: أن البازي يعلم بالأكل في مبادىء التعليم، وبالامتناع من الأكل عن استكماله، ولو كان تعليمه بالأكل في الحالين، لما صحّ تعليمه إذا امتنع من الأكل، ولكان أكل منه شرطاً في إرادة أكله، وهذا مدفوع.

والثاني: أنه يعلم بالأكل من يد معلمه، ولا يعلم من أكل ما صاده وإذا لم يكن بينهما فرق على القولين، فإن قيل بقوله في القديم أنه يحل أن يؤكل ما أكل منه، فدليله حديث أبي ثعلبة الخشني.

روى عمرو بن شعيب عن أبيه عن جده أن رجلاً أتى رسول الله ﷺ يقال له أبو ثعلبة، فقال: يا رسول الله إن لي كلاباً مكلبة فأفتني في صيدها فقال النبي ﷺ: «إن كانت الكلاب مكلبة، فكل مما أمسكن عليك.

قال: ذكي، وغير ذكي؟ قال: ذكي وعير ذكي. قال: وإن أكل منه؟ فقال: وإن أكل منه»[(١)].

وروى أبو إدريس الخولاني عن أبي ثعلبة الخشني عن النبي ﷺ أنه قال: «إذا أرسلت كلبك المكلب، وذكرت اسم الله عليه فكل، وإن أكل[(٢)] منه» فهذا نص.

---

(١) أخرجه البخاري (٥٤٧٨)، ومسلم (١٩٣٠)، وأبو داود (٢٨٥٢)، والنسائي (٤٢٩٦)، وابن ماجه (٣٢٠٧).

(٢) انظر التخريج السابق.

ولأن ما حل أكله بفوات نفسه لم يحرم بحدوث أكله كالمذكى، ولأن ما حل من صيده إذا لم يأكل منه حل، وإن أكل منه، كما لو تركه بعد صيده، ثم عاد فأكل منه؛ ولأنه لو أكل من غير صيده، وأكل غيره من صيده لم يحرم واحد منهما، فدل على أن الأكل لا يوجب التحريم.

وإن قيل بقوله في الجديد: إن أكل ما أكل منه حرام، فدليله قول الله تعالى: ﴿فَكُلُوا مِمَّا أَمْسَكْنَ عَلَيْكُمْ﴾ وما أكل منه، فقد أمسكه على نفسه، لا على مرسله، ويدل عليه حديث عدي بن حاتم، وهو أثبت من حديث أبي ثعلبة الخشني أن النبي ﷺ قال: «إذا أرسلت كلبك المعلم، وذكرت اسم الله عليه فكل، وإن قتل إلا أن يأكل منه، فلا تأكل». وهذا نص. ولأن من شرط التعليم أن لا يأكل منه، وإذا أكل بان أنه غير معلم، فخرم؛ ولأن أكله وإن احتمل أمرين:

أحدهما: نسيان التعليم، فمحرم.

والثاني: لغلبة الجوع، فلا يحرم.

وجب عند تعارضهما أن يعاد إلى أصله في الحظر والتحريم كما لو اختلط مذكي بميتة لم يحل الاجتهاد فيه؛ تغليباً للتحريم؛ ولأن الصيد الواحد لا يتبعض حكمه فلما كان ما أكله قد أمسكه على نفسه، كذلك باقية، وما أمسكه على نفسه حرام.

فصل:

فإذا تقرر توجيه القولين فيها أكل منه، فلا يختلف مذهب الشافعي أن ما تقدمه من صيده الذي لم يأكل منه حلال.

وقال أبو حنيفة: يحرم جميع صيده المتقدم بأكله من الصيد المستأخر؛ استدلالاً بأمرين:

أحدهما: أن الأكل إذا كان منافياً للتعليم دلّ حدوثه منه على تقدمه فيه فصار صائداً لجميعه، وهو غير معلم كالشاهدين إذا شهدا، وهما عدلان في الظاهر، فلم يحكم الحاكم بشهادتهما ففسقا لم يحكم بها، وإن تقدمت على فسقهما؛ لأنهما دليل على تقدم الفسق فيهما.

والثاني: أن التعليم ينقله عن طبعه، فإذا لم ينتقل عنه مع الآخر دلّ على أنه كان غيره منتقل مع الأول، وصار ترك أكله في الأول اتفاقاً لا تعليماً. ودليلنا: قول الله تعالى: ﴿فَكُلُوا مِمَّا أَمْسَكْنَ عَلَيْكُمْ﴾ [المائدة: ٤] وقد أمسك على مرسله بما تقدم فحل؛ لأن ما وجدت شروط الإباحة فيه لم يحرم تقدمها في غيره كإسلام مرسله لو ارتد عنه بعدم إرساله لم يحرم ما صيد قبل ردته؛ ولأنه قد حكم بتعليمه بما تكرر من ترك أكله، وحدوث الأكل منه يحتمل أن يكون لشدة جوع، ويحتمل أن يكون لحدوث نسيان ويحتمل أن يكون لأن تعليمه لم يستقر فلم يجز أن ينقض ما تقدم من الحكم بتعليمه بأمر

محتمل يتردد بين حدوث وقدم، كالشاهدين إذا نفذ الحكم بشهادتهما، ثم حدث فسقهما لم يجز أن ينتقض به الحكم المتقدم؛ لجواز تردده بين حدوث وقدم؛ ولأن تركه الأكل شرط في التعليم كما أن استرساله إذا أرسل شرط فيه، ثم ثبت أنه صار يسترسل إن لم يرسل، ولا يسترسل إن أرسل لم يدلّ على تحريمه ما تقدم من صيده، وإن كان غير معلم فيه، كذلك حدوث الأكل.

وبتحرير هذه الأدلة تكون الأجوبة عما قدموه من الدليل.

فإن قيل: فإذا تعارض ما يوجب الحظر والإباحة، يغلب حكم الحظر على الإباحة.

قيل: قد اختلفت أصحابنا فيه، فمنهم من سوى بينهما واعتبر ترجح أحدهما بدليل.

ومنهم من غلب الحظر، وهو قول الأكثرين، لكن يكون هذا فيما امتزج فيه حظر وإباحة. فأما ما لم يمتزج فيه الحظر والإباحة، فلا يوجب تغليب الحظر على الإباحة، كالأواني إذا كان بعضها بخساً، وبعضها طاهراً لم تمنع من الاجتهاد في الظاهر، وها هنا قد تميزت الإباحة في المتقدم على الحظر، في المستأجر، فلم يجز تغليب أحدهم على الآخر، وأثبت كل واحد من الحكمين في محله.

فصل:

وإذا ولغ الكلب في دم الصيد لم يحرم وحرمه النخعي، وأجراه مجرى الأكل، وهذا فاسد من وجهين:

أحدهما: أن الدم خارج من الإباحة، فلم يعتقد منه التحريم كالفرث.

والثاني: أنه منفصل، فلم يوجد منه حكم متصل، والله أعلم.

مسألة[1]:

قَالَ الشَّافِعِيُّ رَحِمَهُ اللَّهُ تَعَالَى: «وَإِذا أَرْسَلَ أَحْبَبْتُ لَهُ أَنْ يُسَمِّيَ اللَّهَ تَعَالَى فَإِنْ نَسِيَ فَلَا بَأْسَ لأَنَّ الْمُسْلِمَ يَذْبَحَ عَلَى اسْمِ اللَّهِ».

قال في الحاوي: التسمية على الصيد والذبيحة سُنَّة، وليست بواجبة، فإن تركها عامداً أو ناسياً، حل أكله.

وبه قال من الصحابة عبد الله بن عباس، وأبو هريرة.

ومن الفقهاء عطاء، ومالك.

وقال الشعبي، وداود، وأبو ثور: التسمية واجبة، فإن تركها عامداً أو ناسياً حرم الأكل.

وقال سفيان الثوري، وأبو حنيفة، وأصحابه، وإسحاق بن راهويه: تجب مع الذكر، تسقط مع النسيان، فإن تركها عامداً حرم، وإن تركها ناسياً حلّ؛ استدلالاً بقول

---

(١) انظر الأم (٢/ ١٩٢).

الله تعالى: ﴿وَلَا تَأْكُلُوا مِمَّا لَمْ يُذْكَرِ اسْمُ اللَّهِ عَلَيْهِ وَإِنَّهُ لَفِسْقٌ﴾ [الأنعام: ١٢١] وهذا نص، وبقول النبي ﷺ لعدي وأبي ثعلبة الخشني: «إذا أرسلت كلبك المكلب وذكرت اسم الله عليه، فكل» فعلق الإباحة بشرطين، فلم يجز أن يتعلق بأحدهما، ولأنه لما كان من شرط الذكاة أن يكون المذكي من أهل التسمية، فحلت ذكاة المسلم والكتابي؛ لأنه من أهلها. ولم تحل ذكاة المجوسي، والوثني؛ لأنه ليس من أهلها، كانت التسمية أولى أن تكون من شرط الذكاة؛ لأنه حرمه أهلها بها.

وبعكسه لما لم تكن التسمية شرطاً في صيد السمك لم تكن من شرط صائده أن يكون من أهل التسمية من مجوسي ووثني كما حل صيد من كان من أهلها من مسلم وكتابي.

ودليلنا قول الله تعالى: ﴿وَمَا أَكَلَ السَّبُعُ إِلَّا مَا ذَكَّيْتُمْ﴾ [المائدة: ٣] فكان على عمومه، وإن قيل: فالتسمية هي الذكاة كان فاسداً من وجهين:

أحدهما: أن التسمية قول والذكاة فعل، فافترقا.

والثاني: أن النبي ﷺ سئل عن الذكاة، فقال: «في الحلق واللبة». وقال تعالى: ﴿الْيَوْمَ أُحِلَّ لَكُمُ الطَّيِّبَاتُ وَطَعَامُ الَّذِينَ أُوتُوا الْكِتَابَ حِلٌّ لَكُمْ﴾ [المائدة: ٥] يعني ذبائحهم. والظاهر من أحوالهم أنهم لا يسمون عليها، فدل على إباحتها.

وروى البراء بن عازب عن النبي ﷺ أنه قال: «المسلم يذبح على اسم الله سمى أو لم يسمّ»[١].

وروى أبو هريرة أن رجلاً قال: يا رسول الله أرأيت الرجل منا يذبح، وينسى أن يسمي الله تعالى، فقال: «اسم الله على قلب كل مسلم»[٢].

وروى هشام بن عروة عن أبيه عن عائشة رضي الله عنها أن قوماً قالوا: يا رسول الله إن قوماً يأتون بلحم لا ندري أذكر اسم الله عليه أم لا؟ فقال: «اذكروا اسم الله عليه، ثم كلوه»[٣].

وأباح الذبيحة من غير تسمية أو التسمية عند الأكل لا تجب فدل على أنها مستحبة.

وروى أبو العشراء الدارمي عن أبيه أنه سأل رسول الله ﷺ عن المتردية من الإبل في بئر لا نصل إلى منحرها.

فقال: «وأبيك لو طعنت في فخذها أجزاك»[٤]، فعلق الإجزاء بالعقود دون التسمية، فدل على الإباحة.

---

(١) قال ابن حجر في «تلخيص الحبير» (٢٣٦٠): لم أره من حديث البراء، وزعم الغزالي في الإحياء أنه حديث صحيح.

(٢) أخرجه البيهقي في «الكبرى» (١٨٨٩٤)، وابن عدي في «الكامل» (٦/ ٢٣٨١).

(٣) أخرجه البخاري (٥٥٠٧)، وأبو داود (٢٨٢٩)، والنسائي (٤٤٣٦)، وابن ماجه (٣١٧٤).

(٤) أخرجه أبو داود (٢٨٢٥)، والترمذي (١٤٨١)، والنسائي (٤٤٠٨)، وابن ماجه (٣١٨٤)، وأحمد (٤/ ٣٣٤).

وقال ﷺ: «ما أنهر الدم، وفرى الأوداج، فكل»[(١)]؛ ولأن ما يوجد فيه فعل الذكاة، لم تحرم بترك التسمية كالناس؛ ولأن ما لم يحرم به ذكاة الناس لم تحرم به ذكاة العامد كالأخرس؛ لأن ما لم يكن للذكر شرط في انتهائه لم يكن شرطاً في ابتدائه كالطهارة طرداً والصلاة عكساً، ولأن ما لم يكن شرطاً في الذكاة مع النسيان، لم يكن شرطاً فيها مع الذكر كالصلاة على النبي ولأن الحوت يستباح بتاركها كما يحل الصيد بذكاته، فلما لم تكن التسمية شرطاً في استباحة الحوت لم تكن شرطاً في استباحة غيره.

فأما الجواب عن الآية فمن وجهين:

أحدهما: أنه حقيقة الذكر بالقلب؛ لأن ضده النسيان المضاف إلى القلب، فيكون محمولاً على من لم يوجد الله من عبدة الأوثان.

ألا ترى إلى قوله تعالى: ﴿وَإِنَّ ٱلشَّيَـٰطِينَ لَيُوحُونَ إِلَىٰٓ أَوۡلِيَآئِهِمۡ لِيُجَـٰدِلُوكُمۡ﴾ [الأنعام: ١٢١] والمشركون هم أولياء الشياطين دون المسلمين.

والثاني: محمول على الميتة؛ لأمرين:

أحدهما: قوله تعالى: ﴿وَإِنَّهُۥ لَفِسۡقٌ﴾ [الأنعام: ١٢١] وذكاة ما لم يسم عليه لا تكون فسقاً.

والثاني: أن قوماً من المشركين قالوا لرسول الله ﷺ: تأكلون ما قتلتموه ولا تأكلون ما قتله الله؟ فأنزل الله تعالى هذه الآية.

وأما الجواب عن الخير من وجهين:

أحدهما: أن نطق الخبر إباحة الأكل مع التسمية، ودليل خطابه متروك عندنا بدليل ومتروك عنده بغير دليل؛ لأنه لا يجعل إثبات الشيء دليلاً على نفي ما عداه.

الثاني: أنه محمول على الاستحباب بدليل ما ذكرناه.

والجواب عما استدل به من ذكاة المجوسي والوثني؛ لأنه ليس من أهل التسمية وهو أنه ليس لهذا المعنى حرم ذكاته، ولكن لتغليظ كفره، ولذلك حرمت مناكحته، وإن لم تكن التسمية شرطاً في النكاح.

وأما صيد السمك فلا يعتبر فيه فعل آدمي، وذلك حل إذا مات بغير سبب وعند أبي حنيفة إذا كان بسبب، فلذلك حكم على عموم الأحوال.

مسألة[(٢)]:

قَالَ الشَّافِعِيُّ رَحِمَهُ اللَّهُ تَعَالَى: «وَلَوْ أَرْسَلَ مُسْلِمٌ وَمَجُوسِيٌّ كَلْبَيْنِ مُتَفَرِّقِينِ أَوْ طَائِرَينِ أَو سَهْمَينِ فَقَتَلَا فَلَا يُؤْكَلُ».

---

(١) أخرجه البخاري (٥٥٠٩)، ومسلم (١٩٦٨).

(٢) انظر الأم (٢/ ١٩٢).

قال في الحاوي: اعلم أن الصيد إذا أدرك حياً، فالاعتبار في إباحته بذابحه دون صائده، فإن صاده مجوسي، وذبحه مسلم حل، ولو صاده مسلم وذبحه مجوسي حرم.

فأما إذا أدرك الصيد ميتاً، فالاعتبار في إباحته بصائده دون مالك الآلة، فإن أرسل مسلم كلب مجوسي، فصاد كان صيده حلالاً؛ لأنه صيد مسلم، ولو أرسل مجوسي كلب مسلم، كان صيده حراماً؛ لأنه صيد مجوسي.

وقال محمد بن جرير الطبري: الاعتبار بمالك الكلب دون مرسله، فيحل ما صاده المجوسي بكلب المسلم، ويحرم ما صاده المسلم بكلب المجوسي، وبناه على أصل تفرد به أن الكلب لو تفرد بالاسترسال من غير إرسال حل صيده وهذا فاسد الأصل، لمخالفة النص.

وحكى في التفريع؛ لأن الإرسال قد رفع حكم الاسترسال، وكذلك لو رمى مسلم بسهم مجوسي عند قوسه حل، وعكسه المجوسي؛ لأن الاعتبار بالصائد لا بالآلة، ولهذا إذا كانت الآلة مغصوبة كان الصيد للصائد دون صاحب الآلة، وقد قال النبي ﷺ: «الصيد لمن صاده لا لمن أثاره».

فصل:

فإذا تقررت هذه الجملة، فصورة مسألتنا أن يجتمع مسلم ومجوسي على صيد يرسل كل واحد منهما كلبه عليه أو يرسل أحدهما عليه كلباً، والآخر فهداً أو بازياً أو سهماً سواء تماثلا في آلة الاصطياد أو اختلفا، فإن الحكم فيهما سواء وإذا كان كذلك لم يخل حال المرسلين في الصيد من سبعة أقسام:

أحدها: أن يشترك كلب المجوسي وكلب المسلم على إمساك الصيد وقتله فيكون حراماً؛ لأنه قد اجتمع تحليل بكلب المسلم، وتحريم بكلب المجوسي، واجتماع التحريم والتحليل في العين الواحدة يوجب تغليب التحريم على التحليل، كالأمة بين شريكين يحرم على كل واحد منهما إصابتهما؛ لاجتماع التحليل في حقه والتحريم في حق شريكه.

والثاني: أن يشتركا في إمساكه ثم يموت من غير اشتراك في قتله، فيحرم، لأن الإمساك صار قتلاً، فصار كاشتراكهما في قتله.

والثالث: أن يشتركا في جراحه من غير إمساك، فيحرم؛ لأنهما قاتلاه إلا أن يكون كلب المسلم قد ابتدأ بجراحه، فوجأه بقطع حلقومه أو بإخراج حشوته ثم أدركه كلب المجوسي مضطرباً فجرحه فيحل بتوجيه كلب المسلم، ولا يحرم لما تعقبه من جراح كلب المجوسي، كالشاة المذبوحة إذا أكل منها سبع لم تحرم وإن كانت باقية الحركة.

والرابع: أن يشتركا في إمساكه، وينفرد أحدهما بقتله، فيحرم سواء انفرد بقتله كلب المجوسي أو كلب المسلم لحدوث القتل عن الإمساك المشترك.

والخامس: أن ينفرد أحدهما بإمساكه، ويشتركا في قتله، فيحرم سواء انفرد بإمساكه كلب المسلم أو كلب المجوسي؛ لأن قتله مشترك.

والسادس: أن ينفرد أحدهما بإمساكه، وينفرد الآخر بقتله، فيحرم سواء قتله كلب المجوسي أو كلب المسلم؛ لأنه أمسكه كلب المسلم وقتله كلب المجوسي حرم؛ لأنه قتله كلب مجوسي، وإن أمسكه كلب المجوسي، وقتله كلب المسلم حرم؛ لأنه بإمساك كلب المجوسي له قد صار مقدوراً على ذكاته، فلم يحل بقتل كلب المسلم له، فاستويا في التحريم، واختلفا في التحليل.

والسابع: أن ينفرد أحدهما بالإمساك، والقتل دون الآخر، فينظر، فإن تفرد به كلب المجوسي حرم، وإن تفرد به كلب المسلم حل، سواء أثر كلب المجوسي في إعيائه ورده أو لم يؤثر.

وقال أبو حنيفة: إن أثر كلب المجوسي في إعيائه ورده حرم كما لو أمسكه؛ لتأثير الأمرين فيه، وهذا خطأ؛ لأن الإمساك مباشرة تخالف حكم ما عداها ألا ترى أن الصيد لو مات بالإعياء في طلب الكلب حرم، ولو مات بإمساكه حل، ولو طلبه محرمان، فأعياه أحدهما وأمسك الآخر، فمات كان جزاؤه على الممسك دون المعيي، فدل على افتراق الحكمين.

فصل:

وعلى هذا التقسيم لو كان لمسلم كلبان: **أحدهما**: معلم، **والآخر**: غير معلم فأرسلهما على صيد كاجتماع كلب المجوسي وكلب المسلم على صيد؛ لأن ما صاده غير المعلم في التحريم كالذي صاده الكلب المجوسي، وكذلك لو كان لمسلم كلبان معلمان، فأرسل **أحدهما**، واسترسل **الآخر**، كان على هذا التقسيم في الجواب؛ لأن صيد المرسل حلال، وصيد المسترسل حرام.

ولو أشكل حكم الصيد في هذه الأحوال كلها، هل هو مباح لإباحة نفسه؟ أوجب حمله على التحريم دون التحليل؛ لأن الأصل في فوات الروح لحظر حتى يعلم به الإباحة، فإن أدرك هذا الصيد بشك أو يقين، وفيه حياة، فذبح نظر في الحياة التي كانت فيه، فإن كانت قوية يعيش معها اليوم واليومين حلّ أكله بهذا الذبح وصار مذكى، وإن كانت حياته ضعيفة، كاضطراب المذبوح لا يبقى معها زماناً مؤثراً لم يحل أكله بذبحه، وكان على تحريمه.

مسألة[1]:

قَالَ الشَّافِعِيُّ رَحِمَهُ اللَّهُ تَعَالَى: «وَإِذَا رَمَى أَوْ أَرْسَلَ كَلْبُهُ عَلَى الصَّيْدِ فَوَجَدَهُ قَتِيلاً

---

(١) انظر الأم (٢/ ١٩٢، ١٩٣).

فَالخَبَرُ عَن ابْنِ عَبَّاسٍ وَالقِيَاسُ أَنْ لَا يَأْكُلَهُ لأَنَّهُ يُمْكِنُ أَنْ يَكُونَ قَتَلَهُ غَيْرُه. وَقَالَ ابْنُ عَبَّاسٍ: كُلْ مَا أَصْمَيْتَ وَدَعْ مَا أَنْمَيْتَ وَمَا أَصْمَيْتَ وَأَنْتَ تَرَاهُ وَمَا أَنْمَيْتَ مَا غَابَ عَنْكَ فَقَتَلَهُ إِلَّا أَن يَبْلُغَ مِنْهُ مَبْلَغَ الذَّبْحِ فَلَا يَضُرُّهُ مَا حَدَثَ بَعْدَهُ».

قال في الحاوي: وصورتها أن يرمي صيداً بسهم أو يرسل عليه كلباً، فيغيب الصيد عنه، ثم يجده ميتاً، فهذا على ثلاثة أقسام:

أحدها: أن يكون السهم أو الكلب قبل مغيب الصيد قد بلغ منه مبلغ الذبح وهو يراه، ثم تحامل الصيد بضعف الحياة حتى غاب عنه، ثم وجده ميتاً، فهذا مأكول؛ لأنه قد صار مذكى عند مشاهدته، فلم يحرم ما حدث بعده.

والثاني: أن يغيب الصيد قبل أن يقع فيه السهم، وقبل أن يجرحه الكلب، ثم يجده بعد غيبته مجروحاً ميتاً، فهو حرام لا يؤكل سواء كان السهم واقعاً فيه والكلب واقعاً عليه، أو لا؛ لأنه قد يجوز أن يشارك عقر الكلب في قتله جراحة سبع أو لسعة أفعى، ويغرب فيه سهم إنسان آخر، فلما احتمل هذا وغيره وجب أن يكون محرماً؛ لأنه على أصل الحظر.

والثالث: أن يقع فيه السهم ويجرحه الكلب، وهو يراه ويغيب عنه، وهو قوي الحياة، ثم يجده ميتاً، فهي مسألة الكتاب.

والذي نص عليه الشافعي، ونقله المزني أنه لا يؤكل للخبر عن ابن عباس والقياس.

وقال في كتاب «الأم»[1]: لا يؤكل إلا أن يكون قد ورد فيه خبر، فيسقط حكماً خالفه، ولا يقوم له رأي، ولا قياس، وقد ورد فيه خبر، وهو ما روي أن أبا ثعلبة الخشني قال: «يا رسول الله إني أرمي الصيد وأجده ميتاً، فقال: كله ما لم تر فيه أثر غيرك»[2] وروي أن عدي بن حاتم قال: «يا رسول الله إني أرمي الصيد فأقتفي أثره اليوم والثلاثة وأجده ميتاً، فقال: «كله ما لم ينتن»[3]. وروي: ما لم يصل: أي لم يتغير، وهذان الخبران قد وردا من طريق ضعيف، فإن لم يصح واحد منهما، والحكم فيه ما نص عليه أنه غير مأكول، وإن صح هذان الخبران أو أحدهما، فهو مأكول، واختلف أصحابنا في صحته، فذهب أكثر البصريين إلى أنه ليس بصحيح، ولا ثابت، وأن المسألة على قول واحد إنه غير مأكول.

وذهب أبو العباس بن سريج وأكثر البغداديين إلى أنه قد صح، وثبت، وأن في إباحة أكله قولين:

أحدهما: وهو منصوص عليه أنه غير مأكول.

---

(١) انظر الأم (٢/١٩٣).

(٢) أخرجه مسلم (١٩٣١)، وأبو داود (٢٨٦١).

(٣) أخرجه البخاري (٥٤٨٤)، ومسلم (١٩٣١/٧).

والثاني: وهو الموقوف على صحته الخبر أنه مأكول.

وقال أبو حنيفة: إن كان مقيماً على اتباعه وطلبه حتى وجده ميتاً أكل، وإن تركه وتشاغل عنه، ثم وجده ميتاً لم يؤكل؛ لأنه ما دام على طلبه يصل إلى ذكاته مع القدرة، ولا يصل إليها مع الترك.

وقال مالك: إن وجده في يومه أكل، وإن وجده بعد انقضاء يومه لم يؤكل وفيما نكره من توجيه القولين دليل عليهما في مخالفة القولين، فإذا قلنا بالأول إنه غير مأكول، وهو الأظهر فوجهه ما رواه عكرمة أن رجلاً أتى ابن عباس، فقال له: إني أرمي، فأصمي، وأنمي فقال له ابن عباس: «كُلْ ما أصميت، ودع ما أنميت» يريد بما أصمى ما قتله، وهو يراه، وبما أنمى ما غاب عنه، فلم يره حتى نمى إليه، خبر موته، ولأنه لما احتمل مع الغيبة أن يكون موته من عقره، فيحل، وأن يكون بغيره من الأسباب، فيحرم وجب أن يغلب حكم التحريم.

وإذا قلنا في **الثاني**: إنه مأكول، فوجهته مع الخبرين ما روي أن النبي ﷺ مر بالروحاء فإذا هو بحمار وحشي عقير فيه سهم قد مات، فقال النبي ﷺ: دعوه حتى يأتي صاحبه»، فجاء رجل من فهر، فقال: هي رميتي يا رسول الله، فكلوه، فأمر رسول الله ﷺ أبا بكر أن يقسمه بين الرفاق، وهم محرمون»[1]. فدل على أن ما غاب لم يحرم، ولأن حكم عقره بالسهم، والكلب ثابت، فلم يجز العدول عنه، بتجويز غيره، كما لو جرح حيواناً فمات قبل اندمال جرحه، كان ضامناً لقيمته، وإن جاز أن يموت بغيره، وكذلك لو جرح إنساناً فمات كان مأخوذاً بالقود، وإن جاز أن يحدث بعد جرحه سبب يموت به إثباتاً لحكم النفي وإسقاطاً لحكم الشك، كذلك حكم الصيد يجب أن يكون منسوباً إلى عقره المتحقق دون ما يطرأ من شك يجوز.

مسألة[2]:

قَالَ الشَّافِعِيُّ رَحِمَهُ اللَّهُ تَعَالَى: «وَإِذَا أَدْرَكَ الصَّيْدَ وَلَمْ يَبْلُغْ سِلَاحُهُ أَوْ مُعَلَّمُهُ مَا يَبْلُغُ الذَّبْح فَأَمْكَنَهُ أَنْ يَذْبَحَهُ فَلَمْ يَفْعَلْ فَلَا يَأْكُلْ كَانَ مَعَهُ مَا يُذْبَحُ بِهِ أَوْ لَمْ يَكُنْ فَإِنْ لَمْ يُمْكِنْكَ أَنْ تَذْبَحَهُ وَمَعَكَ مَا تُذَكِّيهِ بِهِ وَلَمْ تُفَرِّطْ حَتَّى مَاتَ فَكُلْ».

قال في الحاوي: وهذا كما قال.

إذا رمى صيداً، فجرحه أو أرسل عليه كلبه، فعقره، ومات من غير ذكاته فهذا على ثلاثة أقسام:

أحدها: أن يكون العقر قد وجأه، وبقيت فيه حياة، كجرحه المذبوح وذلك بأن

---

(١) أخرجه مالك في «الموطأ» (١/ ٣٥١)، والنسائي (٢٨١٨)، وابن حبان (٥٠٨٩)، والحاكم (٣/ ٦٢٤).

(٢) انظر الأم (٢/ ١٩٣).

يكون السهم قد فرق في قلبه أو يكون الكلب قد قطع حلقومه أو أخرج حشوته، فهذا حلال مأكول، ولا يلزمه ذبحه، وإن قدر عليه لفوات نفسه بذكاة مثله أو لم يكن لبقاء الحركة تأثير في الحياة كما لو شق سبع بطن شاة، فذبحت لم تحل لفوات الحياة بغير الذبح، وإن كانت الحركة باقية.

والثاني: أن يكون العقر قد أثبته، ولم يوجه، ومات قبل وصول الرامي أو المرسل إليه، فهذا على ضربين:

أحدهما: أن يفوته إدراك حياته، تأخره وإبطائه، فهذا حرام غير مأكول، لأنه قد كان في حكم المقدور على ذكاته لو بادر إليه.

والثاني: أن يفوته إدراك حياته مع مبادرته إليه، فهذا حلال مأكول، لتعذر القدرة على ذكاته، واختلف أصحابنا في ما يعتبر في مبادرته إليه على وجهين:

أحدهما: وهو قول أبي علي بن أبي هريرة: أنه يعتبر صفة مشى مثله على مألوف سكينته، ولا يعتبر السعي كما لا يعتبر في إدراك الجمعة.

والثاني: أنه يعتبر فيه السعي المهود في طلب الصيد؛ لأنه مخالف لسكينة المشي في عرف أهل، فعلى هذين الوجهين، لو كان يدركه بالسعي فمشى إليه حتى مات كان مأكولاً على **الوجه الأول**، وغير مأكول على **الوجه الثاني**.

والثالث: أن يكون العقر قد أثبته، وأدركه الرامي حياً، فلم يذبحه حتى مات فهذا على ضربين:

أحدهما: أن يكون قادراً على ذكاته، فأخرها حتى مات، فهو حرام لا يؤكل؛ لأن المقدور عليه لا يحل بغير الذكاة.

والثاني: أن لا يقدر على ذكاته حتى يموت فهذا على ضربين:

أحدهما: أن لا يقدر عليه لقصور زمان حياته، فهذا حلال مأكول.

وقال أبو حنيفة: وهو غير مأكول؛ لأنه قد صار بإدراك حياته، كالمقدور على ذكاته، وهذا خطأ؛ لأن العجز عنها بقصور الزمان، كالعجز عنها لفواته ألا ترى أن العجز عن استعمال الماء مع وجوده كالعجز عنه مع عدمه في إباحة التيمم كذلك وجب أن يكون العجز عن الذكاة مع إدراكها كالعجز عنه مع فواتها في إباحة الأكل.

والثاني: أن لا يقدر على ذكاته؛ لتعذر الآلة، فلا يجد سكيناً أو وجدها وهي كآلة لا تقطع، فهو حرام غير مأكول؛ لأنه قد كان قادراً على ذكاته لو لم يفرط في آلته.

فلو كانت معه سكين، فضاعت أو غصبه عليها غاصب حتى مات لم يؤكل ولو حال بينه وبين الصيد سبع، فلم يصل إليه حتى مات أكل.

والفرق بين غصب السكين، وبين منع السبع أن غصب السكين وضياعها عائد إليه، ومنع السبع عائد إلى الصيد، فلو كانت السكين في قراب قد أمسك عليها فتعسر عليه

خروجها حتى مات، قال أبو علي بن أبي هريرة: يكون مأكولاً؛ لأن السكين في الأغلب تصان في قرابها إلى وقت الحاجة إليها، فلم يكن مفرطاً، وهذا عندي معتبر بحال القراب، فإن كان على المعهود في الإمساك لما اشتمل عليه كان مأكولاً، وإن خرج عن المعهود في الضيق والشدة كان غير مأكول.

ولو أخرج السكين، وتشاغل بإحدادها حتى مات، فهو غير مأكول ولو تشاغل بطلب موضع الذبح حتى مات فهو مأكول؛ لأنه لا يجد من طلب موضع الذبح بداً، ويجد من إحداد السكين بداً.

فلو شك في الصيد بعد موته: هل أدرك ذكاته، فيحل له كالمجروح إذا غاب عنه، فيكون على قولين:

أحدهما: يحرم، وهو الأظهر هناك.

والثاني: يحل، وهو الأصح ها هنا.

مسألة(١):

قَالَ الشَّافِعِيُّ رَحِمَهُ اللَّهُ تَعَالَى: وَلَوْ أَرْسَلَ كَلْبَهُ أَوْ سَهْمَهُ وَسَمَّى اللَّهَ تَعَالَى وَهُوَ يَرَى صَيْداً فَأَصَابَ غَيْرَهُ فَلَا بَأْسَ بِأَكْلِهِ مِنْ قِبَلِ أَنَّهُ رَأَى صَيْداً وَنَوَاهُ وَإِنْ أَصَابَ غَيْرَهُ».

قال في الحاوي: وهذا كما قال.

إذا رأى صيداً، فأرسل عليه كلباً أو سهماً، فأصاب غيره، وقتله، فلا يخلو من أحد أمرين:

إما أن يكون الصيدان في جهة واحدة، أو في جهتين، فإن كانا في جهة واحدة حل أكله، وإن كان غير ما أرسل عليه سواء كان الصيد المصاب موجوداً عند الإرسال أو معرضاً بعده، وبه قال أبو حنيفة والأكثرون.

وقال مالك: هو حرام؛ لأنه أصاب غير ما أرسل عليه، فصار والكلب فيه المسترسل من غير إرسال.

ودليلنا: قول الله تعالى: ﴿فَكُلُوا مِمَّا أَمْسَكْنَ عَلَيْكُمْ﴾ [المائدة: ٤] فكان على عمومه؛ ولأن تعين الصيد في الإرسال لا يلزم، ألا تراه لو أرسله على واحد من جماعة جاز، وأيها صار حل؛ لأن تعليمه على معين منها غير ممكن، وإذا سقط التعين حل غير المعين؛ ولأن ذكاء المقدور عليه أغلظ، وقد ثبت أن المذكي لو أراد شاة، فذبح غيرها حلت، فكان الصيد الممتنع إذا أرسل عليه كلبه، فصار غيره أولى أن يحل، ولأنه لو أرسل على صيد كبير، فهرب، وكان معه ولد صغير وأخذه الكلب حل بوفاق مالك، فإذا كان كبيراً فأولى أن يحل؛ لأنه أمنع.

---

(١) انظر الأم (٢/١٩٣).

فصل:

فإن كان الصيدان في جهتين، فأرسل إلى **إحداهما**، فعدل إلى **الآخر**، فله في اختلاف الجهات أسماء يقال: صيد سائح إذا كان عن يسار الرامي، وهو أمكن، وصيد بارح إذا كان عن يمين الرامي، وهو أشق وصيد قعيد إذا كان مقابل الرامي فإذا أرسل على صيد في جهة، فعدل إلى غير من جهة أخرى، فلا يخلو أن يكون سلاحاً أو جارحاً، فإن كان سلاحاً خرج عن يده من سهم رماه أو سيف ألقاه، فعدل السهم أو السيف عن تلك الجهة إلى غيرها إما لريح اعترضته أو لخطأ كان منه، فالصيد مأكول، لأنه منسوب إلى فعله، وإن أخطأ في قصده، وخطأ المذكي لا يمنع من إباحة ذكاته كما لو أراد شاة فذبح غيرها.

وإن كان ذلك جارحاً من كلب أرسله إلى جهة، فعدل إلى غيرها، فقد حكى أبو حامد الإسفراييني في إباحته وجهين:

أحدهما: أنه مباح الأكل كالسهم، ونسبه إلى قول أبي إسحاق المروزي ولم أره في شرحه.

والثاني: أنه لا يؤكل، وفرق بين الكلب والسهم، لأن للكلب اختياراً ينصرف به، وأصحّ عندي من هذين الوجهين أن يراعي مخرج الكلب عند إرساله، فإن خرج عادلاً عن جهة إرساله إلى غيرها لم يؤكل صيده منها، وإن خرج إلى جهة إرساله ففاته صيدها، فعدل إلى غيرها، وأخذ صيدها أكل؛ لأنه على الصفة الأولى مخالف، فصار مسترسلاً وعلى الصفة الثانية موافق، وكان مرسلاً، وهذا أدل على فراهته؛ لئلا يرجع خلياً إلى مرسله. ألا ترى أن الصيد له عدل عن جهة إلى غيرها، فعدل الكلب إليها حتى أخذه حل؛ كذلك إذا أخذ غيره.

فصل:

وإذا أرسل سهمه على صيد في الحل، فعصفت الريح بالصيد والسهم إلى الحرم حتى قتله فيه ضمنه بالجزاء، ولم يأكله.

ولو أرسل كلبه على صيد في الحل، فعدل الصيد والكلب إلى الحرم حتى قتله فيه لم يضمنه، وحل له أكله؛ لأن حكم الكلب معتبر بحال إرساله، وحكم السهم معتبر بحال وقوعه، ولو أرسل سهمه على صيد، فأصاب السهم الأرض، ثم أدلف فيها إلى الصيد فقتله ففي إباحة أكله وجهان:

أحدهما: يؤكل لوصوله إليه بفعله.

والثاني: لا يؤكل؛ لأن وصوله إلى الأرض قاطع بفعله.

وهذان الوجهان من اختلاف قولي الشافعي في السهم المزدلف إذا أصاب هل يحتسب به في الإصابة على قولين.

مسألة[١]:

قَالَ الشَّافِعِيُّ رَحِمَهُ اللَّهُ تَعَالَى: «وَإِنْ أَرْسَلَهُ وَلَا يَرَى صَيْداً وَنَوَى فَلَا يَأْكُلْ وَلَا تُعْمَلُ النِّيَّةُ إِلَّا مَعَ عَيْنٍ تُرَى وَلَوْ كَانَ لَا يَجُوزُ إِلَّا مَا نَوَاهُ بِعَيْنِهِ لَكَانَ العِلْمُ يُحِيطُ أَنْ لَوْ أَرْسَلَ سَهْماً عَلَى مِائَةِ ظَبْيٍ أَوْ كَلْباً فَأَصَابَ وَاحِداً فَالوَاحِدُ المُصَابُ غَيْرُ مَنْوِيٍّ بِعَيْنِهِ».

قال في الحاوي: أما إذا أرسل كلبه، وهو لا يرى صيداً، فعنّ للكلب صيد وأخذه لم يؤكل؛ لأن إرساله على غير شيء ليس بإرسال، فصار الكلب كالمسترسل فلم يؤكل صيده.

ولو أرسل سهمه، ولا يرى صيداً، فاعترضه صيد وأصابه، ففي إباحة أكله وجهان:

أحدهما: أنه لا يؤكل كالذي صاده الكلب؛ لأنهما على غير شيء.

والوجه الثاني: وهو قول أبي إسحاق المروزي أنه يؤكل، وإن لم يؤكل ما صاده الكلب، والفرق بينهما أن القصد في ذكاته غير معتبر؛ لأنه ليس يعارضه اختياره غيره.

فصل:

ألا تراه لو قطع خشبة لينة، فصادف حلق شاة، فذبحها أكلت. والقصد في إرسال الكلب معتبر؛ لأنه قد يعارضه اختيار الكلب، فإذا لم يصح منه القصد صار منسوباً إلى اختيار الكلب، فافترق.

وقد حكى ابن أبي هريرة عن بعض أصحاب الشافعي أنه إذا أخطأ في قطع الخشبة إلى ذبح الشاة لم تؤكل، وقد نص الشافعي على إباحة أكلها، وما قاله الشافعي فقياس واضح؛ لأن الصبي والمجنون تصح ذكاتها، وإن لم يصح قصدهما، وكذلك الخاطىء.

مسألة[٢]:

قَالَ الشَّافِعِيُّ رَحِمَهُ اللَّهُ تَعَالَى: «وَلَوْ خَرَجَ الكَلْبُ إِلَى الصَّيْدِ مِنْ غَيْرِ إِرْسَالِ صَاحِبِهِ فَزَجَرَهُ فَانْزَجَرَ وَأَشْلَاهُ فَاسْتَشْلَى فَأَخَذَ وَقَتَلَ أَكَلَ وَإِنْ لَمْ يَحْدُثْ غَيْرُ الأَمْرِ الأَوَّلِ فَلَا يَأْكُلُ وَسَوَاءٌ اسْتَشْلاهُ صَاحِبُهُ أَوْ غَيْرُهُ مِمَّنْ تَجُوزُ ذَكَاتُهُ».

قال في الحاوي: قد ذكرنا أن إرسال الكلب شرط في إباحة صيده، فإن استرسل بغير إرسال لم يحل صيده إلا أن يدرك حياً، فيذكى، وهو قول جمهور الفقهاء، وشذ الأصم وابن جرير الطبري، فلم يعتبر الإرسال؛ لأنه بالتعليم قد صار مرسلاً، وهذا خطأ؛ لأن التعليم هو أن لا يسترسل حتى يرسل وينزجر عن الاسترسال، فإذا كان كذلك، واسترسل الكلب لنفسه، فله مع صاحبه أربعة أحوال:

أحدها: أن يتركه على استرساله، ولا يشليه، ولا يزجره، فلا يؤكل ما صاده.

---

(١) انظر الأم (٢/ ١٩٣).

(٢) انظر الأم (٢/ ١٩٣).

والثانية: أن يزجره، فلا ينزجر، فلا يؤكل صيده؛ لأنه بالإسراع بعد الزجر أسوأ حالاً.

والثالثة: أن يزجره ثم يشليه، فيستشلي، فيؤكل صيده؛ لأنه صاده بعد الانزجار عن إرساله.

والرابعة: أن يشليه بعد الاسترسال، ويغريه بالصيد، فيمضي على إسراع بعد إشلائه وإغرائه، سواء زاد إسراعه بالإغراء أو لم يزد؛ فإنه لا يؤكل. وقال أبو حنيفة: يؤكل استدلالاً بأن ما تقدم من استرساله قد انقطع بما حدث من إغوائه كما ينقطع زجره قبل إغرائه، فوجب أن يكون الحكم معتبراً بالآخر دون الأول؛ ولأنه إذا اجتمع استرسال وإغراء تعلق الحكم بالإغراء دون الاسترسال كالصيد إذا استرسل على طلب، فأغراه به محرم ضمنه الجزاء تغليباً لحكم الإغراء، كذلك في إباحة الأكل.

ودليلنا: إن الاسترسال حاظر والإغراء مبيح، وإذا اجتمع الحظر والإباحة يغلب حكم الحظر على الإباحة، كما لو اجتمع على إرساله مسلم ومجوسي؛ ولأن الإغراء بعد الاسترسال موافق له، فصار مقوياً لحكمه، وزائداً عليه، فلم يزد حكمه بالقوة والزيادة، كما لو أرسله مجوسي وأغراه مسلم، أو أرسله مسلم وأغراه مجوسي.

فأما الجواب عن قوله: إن الإغراء قد قطع الاسترسال كالزجر، فإنه إنما يقطع الاسترسال ما خلفه ولا يقطع ما وافقه والزاجر مخالف للاسترسال فصار قاطعاً والإغراء موافق له، فلم يكن قاطعاً.

وأما الجزاب عن قوله: إن اجتماع الاسترسال والإغراء موجب لتغليب حكم الإغراء كالمحرم، فهو أنه فيه لأصحابنا وجهين:

أحدهما: أنه لا ضمان على المحرم بإغرائه، تغليباً لحكم الاسترسال، ويصير دليلاً لنا لا علينا.

والثاني: يضمن بالإغراء، وإن لم يصر مأكولاً بالإغراء؛ لأنه إذا اجتمع في هذا الضمان إيجاب وإسقاط، يغلب حكم الإيجاب على الإسقاط، وإذا اجتمع في المأكول حظر وإباحة يغلب حكم الحظر على الإباحة. ألا ترى أن الصيد المتولد من بين مأكول وغير مأكول إذا قتله المحرم ضمنه بالجزاء تغليباً لحكم الإيجاب ولا يؤكل تغليباً لحكم الحظر؟ كذلك في مسألتنا، فلا يكون إسقاطاً لحكم الاسترسال بالإغراء.

مسألة(١):

قَالَ الشَّافِعِيُّ رَحِمَهُ اللَّهُ تَعَالَى: «وَإِذَا ضَرَبَ الصَّيْدَ فَقَطَعَهُ قُطْعَتَيْنِ أَكَلَ وَإِنْ كَانَتْ إحدى القِطْعَتَيْنِ أَقَلَّ مِنَ الأُخْرَى وَلَوْ قَطَعَ مِنْهُ يَداً أَوْ رِجْلاً أَوْ أُذُناً أَوْ شَيْئاً يُمْكِنْ لَوْ لَمْ يَزِدْ عَلَى ذَلِكَ أَنْ يَعِيشَ بَعْدَ سَاعَةً أَوْ مُدَّةً أَكْثَرَ مِنْهَا ثُمَّ قَتَلَهُ بَعْدُ بِرَمْيَتِهِ أَكَلَ كُلَّ مَا كَانَ

(١) انظر الأم (٢/ ١٩٣، ١٩٤).

ثَابِتاً فِيهِ مِنْ أَعْضَائِهِ وَلَمْ يَأْكُلِ العُضْوَ الَّذِي بَانَ وَفِيهِ الحَيَاةُ لأَنَّهُ عُضْوٌ مَقْطُوعٌ مِنْ حَيٍّ وَحَي بَعْدَ قَطْعِهِ وَلَوْ مَاتَ مِنْ قَطْعِ الأَوَّلِ أَكَلَهُمَا مَعاً لأَنَّ ذَكَاةُ بَعْضِهِ ذَكَاةٌ لِكُلِّهِ».

قال في الحاوي: وهذه المسألة تشتمل على فصلين:

أحدهما: أن يرمي صيداً، فيقطعه قطعتين، فهذا توجيه، فتؤكل القطعتان معاً سواء تفاضلت القطعتان أو تماثلتا، وسواء كان ما اتصل بالرأس أكثر أو أقل. وقال أبو حنيفة: إن تساوت القطعتان أو كان ما اتصل بالرأس أكثر أكل دون الأقل، ومن أصحابه من قدر الأقل بالثلث فما دونه، وجعل ما زاد على الثلث ونقص عن النصف خارجاً عن حكم الأقل.

واستدلوا على تحريم الأكل إذا انفصل عن الرأس برواية عبد الله بن عمر أن النبي ﷺ قال: «ما أبين من حي فهو ميت»[1]؛ ولأنه أبان منه ما لا يمنع من بقاء الحياة فيما بقي، فوجب أن يكون محرماً كما لو أدركه حياً فذبحه.

ودليلنا ما روي عن النبي ﷺ أنه قال لأبي ثعلبة الخشني: «كل ما ردت عليك يدك فكل»[2]. ولم يفرق، ولأن كلما كان له ذكاة لبعض البدن كان ذكاة لجميعه قياساً على ما اتصل بالرأس، ولأن كلما كان ذكاة لما اتصل بالرأس كان ذكاة لما انفصل عنه كالأكثر.

فأما الجواب عن خبرهم فمن وجهين:

أحدهما: أنه خارج على سبب، وهو ما روي أنه ذكر لرسول الله ﷺ أن قوماً يحبون ألايا الغنم، فيقطعونها منها، فقال: «ما أبين من حي فهو ميت» فكان محمولاً على سببه من حياة المقطوع منه.

والثاني: أن أبا داود السجستاني قد روى نصاً في سننه أن رسول الله ﷺ قال: «ما أبين من بهيمة وهي حية، فهو ميت»[3].

وأما الجواب عن قياسهم، وهو أن المعنى في الأصل أن القطع لم يكن ذكاة للمتصل، فلم يكن ذكاة للمنفصل، والقطع في الفرع قد كان ذكاة للمتصل، فكان ذكاة للمنفصل.

فصل:

الفصل الثاني: أن يقطع من الصيد عضواً كَيَد أو رِجل أو أُذن، ويجوز أن يحيى بعد قطعه زماناً طويلاً أو قصيراً، وهذا على ضربين:

أحدهما: أن يموت بغير هذا القطع إما بالذبح إن قدر عليه، وإما برمية بائنة إن كان

---

(١) أخرجه أحمد (٥/ ٢١٨)، والدارمي (٢/ ١٢٨)، والترمذي (١٤٨٠)، والحاكم (٤/ ١٢٤، ٢٣٩).

(٢) تقدم تخريجه.

(٣) أخرجه أبو داود (٢٨٥٨)، وابن ماجه (٣٢١٧)، والطبراني في «الكبرى» (٢/ ٥٧)، وابن عدي (٣/ ٣٢٥).

غير مقدور عليه، فلا يؤكل ما بان منه بالقطع الأول؛ لأنه لم يكن ذكاة له، فلم تصر ذكاة لما بان منه، وقد روي أن النبي ﷺ: «نهى عن الخطفة»(١) وهو ما اقتطعه كلب أو سيف أو سبع من الصيد، فبات منه. هذا تأويل ابن قتيبة، وتأوله أبو جعفر الطبري أن الخطفة النهبة، ومنه سمي الخطاف خطافاً لاختطافه.

والثاني: أن يموت بهذا القطع دون غيره، فينظر فيه: فإن أدركه حياً، فقدر على ذكاته حتى مات فلم يزكه كان الصيد مع ما بان منه ميتاً لا يؤكل؛ لأن حكم البائن معتبر بأصله، وإن لم يقدر على ذكاته حتى مات أو أدرك ميتاً أكل جميعه البائن منه اعتباراً بأصله؛ لأن ذلك القطع كان هو المبيح لأكل الصيد، فصار مبيحاً لأكل البائن منه اعتباراً بأصله.

وحكى ابن أبي هريرة وجهاً آخر عن بعض أصحابنا أن البائن منه لا يؤكل، وإن كان الأصل مأكولاً؛ لأنه بان منه مع بقاء الحياة فيه، وتأول كلام الشافعي أنه يؤكل على ذكاة الأصل مع بقاء الحياة إذا تعذر فيه الذبح كما يكون إذا وجأه وجب أن يكون البائن منه في إباحته في الحالين على سواء، ولا يختلفون أنه لو تعلق المتطوع بجلدة متصلة بأصله أن يكون ما ألحقنا به في إباحة أكله.

مسألة(٢):

قَالَ الشَّافِعِيُّ رَحِمَهُ اللَّهُ تَعَالَى: «وَلَا بَأْسَ أَنْ يَصِيدَ المُسْلِمُ بِكَلْبِ المَجُوسِيِّ وَلَا يَجُوزُ أَكْلُ مَا صَادَ المَجُوسِيُّ بِكَلْبِ مُسْلِمٍ لأَنَّ الحُكْمَ حُكْمُ المُرْسِلِ وَإِنَّمَا الكَلْبُ أَدَاةٌ».

قال في الحاوي: وهذا صحيح.

لأن حكم الكلب حكم لمرسله، كالآلة يكون حكمها حكم الرامي دون مالكها، وسواء عليه المرسل أو غيره.

فإذا صاد مجوسي بكلب مسلم لم يحل صيده؛ لأن مرسله مجوسي، كما لو رمى مجوسي بسهم مسلم لم يحل صيده وهذا متفق عليه.

ولو صاد مسلم بكلب مجوسي حلّ صيده.

وقال الحسن البصري وسفيان الثوري: لا يحل صيده، لقول الله تعالى: ﴿تُعَلِّمُونَهُنَّ مِمَّا عَلَّمَكُمُ اللَّهُ فَكُلُوا مِمَّا أَمْسَكْنَ عَلَيْكُمْ﴾ [المائدة: ٤] وهذا الشرط غير موجود في كلب المجوسي، وهذا فاسد من ثلاثة أوجه:

أحدها: أن الكلب آلة كالسلاح، وقد ثبت أن مسلماً لو صاد بسلاح مجوسي حل كذلك إذا صاد بكلبه.

---

(١) أخرجه البيهقي في «الكبرى» (١٩٤٨٧).
(٢) انظر الأم (٢/ ١٩٣).

والثاني: أن الاعتبار في الكلب بمرسله دون معلمه.

ألا ترى أن المجوسي إذا صاد بكلب مسلم لم يحل إجماعاً، فوجب أن يحل إذا صاد مسلم بكلب مجوسي قياساً.

والثالث: أن المجوسي لو علم كلباً، ثم أسلم، حل صيده؛ لأنه بإرساله مسلم وإن كان بتعليم مجوسي، كذلك إذا صاد به غيره من المسلمين.

مسألة(١):

قَالَ الشَّافِعِيُّ رَحِمَهُ اللَّهُ تَعَالَى: «وَأَيُّ أَبَوَيْهِ كَانَ مَجُوسِيًّا فَلَا أَرَى تُؤْكَلُ ذَبِيحَتُهُ. وَقَالَ فِي كِتَابِ النِّكَاحِ: وَلَا يَنْكِحَ إِنْ كَانَتْ جَارِيَةً وَلَيْسَتْ كَالصَّغِيرَةِ يُسْلِمُ أَحَدُ أَبَوَيْهَا لأَنَّ الإِسْلَامَ لَا يُشْرِكُهُ الشِّرْكُ وَالشِّرْكُ يُشْرِكُهُ الشِّرْكُ».

قال في الحاوي: قد ذكرنا أن ذبيحة المجوسي لا تحل، وتحل ذبيحة أهل الكتاب في كل حيوان مباح.

وقال مالك: تحل لنا ذبائح أهل الكتاب في كل حيوان مما يستحلونه من البقر والغنم، ولا تحل فيما لا يحلونه من الإبل؛ لأنهم يقصدون بذبحه الإتلاف دون الذكاة، وهذا غلط؛ لقوله تعالى: ﴿وَطَعَامُ ٱلَّذِينَ أُوتُوا۟ ٱلْكِتَـٰبَ حِلٌّ لَّكُمْ وَطَعَامُكُمْ حِلٌّ لَّهُمْ﴾ [المائدة: ٥] يريد بالطعام: الذبيحة دون ما يستطعمونه لأنهم يستطعمون الخنزير، ولا يحل لنا.

ولأن ما حلّ بذبيحة المسلم حلّ بذبيحة الكتابي، كالبقر والغنم طرداً، وكالبغال والحمير عكساً.

وإذا كان هذا أصلاً مقرراً، وقياساً مستمراً، فاختلف أبو الكافر، فحلت ذبيحة أحدهما، ولم تحل ذبيحة الآخر بأن يكون أحدهما يهودياً والآخر مجوسياً نظر: فإن كان أبوه مجوسياً وأمه يهودية فلا تحل ذبيحته لوجهين:

أحدهما: أنه نسبه يلحق بأبيه، فكان حمله أبيه.

والثاني: أن الحظر والإباحة إذا اجتمعا يغلب حكم الحظر على الإباحة وإن كان أبوه يهودياً وأمه مجوسية، ففي إباحة ذبيحته قولان:

أحدهما: تحل ذبيحته تعليلاً بأنه يرجع إلى أبيه في نسبه.

والثاني: لا تحل ذبيحته تعليلاً بأن اجتماع الحظر والإباحة يوجب تغليب الحظر على الإباحة، كالمتولد من حمار وحشي وحمار أهلي.

وقال أبو حنيفة: إن كان أحدهما كتابياً حلّت ذبيحته سواء كان الكتابي منهما أباه وأمه، كما لو كان أحد أبويه مسلماً، والآخر مجوسياً، ولا يوجب تغليب الحظر على الإباحة، كما لم يغلب الحظر في إسلام أحد أبويه، وهذا فاسد من وجهين:

---

(١) انظر الأم (٢/ ١٩٣).

أحدهما: أنه لما غلب في النكاح حكم الحظر على الإباحة في ولد الكافر، وإن لم يغلب حكم الحظر إذا كان أحدهما مسلماً وجب حكم الذبيحة بمثابته.

والثاني: وهو ما علل به الشافعي أن الإسلام لا يشركه الشرك والشرك يشركه الشرك، وبيانه أن الإسلام والشرك لا يجتمعان، ويرتفع الشرك بقوة الإسلام، لقوله الله تعالى: ﴿بَلْ نَقْذِفُ بِٱلْحَقِّ عَلَى ٱلْبَٰطِلِ فَيَدْمَغُهُۥ فَإِذَا هُوَ زَاهِقٌ﴾ [الأنبياء: ١٨] ولقول النبي ﷺ «الإسلام يعلو، ولا يعلى [عليه]»(١).

وإذا كان أحد أبويه مسلماً، والآخر مشركاً، غلبه حكم الإسلام على حكم الشرك، ويجتمع الشرطان؛ لأنهما باطلان، فلم يرتفع ححكم أحدهما بالآخر، وإذا لم يرتفع حكماً أحدهما وجب أن يغلب الحظر منهما.

مسألة(٢):

قَالَ الشَّافِعِيُّ رَحِمَهُ اللَّهُ تَعَالَى: «وَلَا يُؤْكَلُ مَا قَتَلْتُهُ الأُحْبُولَةُ كَانَ فِيهَا سِلَاحٌ أَوْ لَمْ يَكُنْ لأَنَّهَا ذَكَاةٌ بِغَيْرِ فِعْلِ أَحَدٍ».

قال في الحاوي: اعلم أن الصيد الممتنع لتعذر القدرة عليه يتوصل إليه بأسباب تجعل حيلاً في القدرة عليه، وهو يتنوع بأنواع:

أحدها: الجوارح المرسلة عليه، وقد ذكرناها.

والثاني: السلاح الذي يرمى به، فإن قتل بثقله كالحجر والخشب، فهو وقيذ لا يؤكل، وإن قطع بعده أو بعد تدمية، فهو مأكول، فأما المعراض. فهو آلة تجمع خشباً وحديداً، فإن أصاب بحده أكل، وإن أصاب بعرضه فهو وقيذ.

والثالث: ما نصب له من الآلة التي تفارق آلته، فتضغطه، وتمسكه كالفخ والشرك والشبكة والأحبولة، فإذا وقع فيه وأدركت ذكاته حل، وإن فاتت ذكاته ومات لم يؤكل سواء كان في آلة سلاح قطع بحد أو لم يكن فيها سلاح، فمات بضغطه.

وقال أبو حنيفة: إن كان فيها سلاح قطع بحده يحل استدلالاً لقول النبي ﷺ: «ما أنهر الدم وفرى الأوداج، فكل»(٣).

ولأنه يمتنع عقره بحد، فحل أكله كالمرمي بحديدة.

ولأنه لما استوى السبب والمباشرة في وجوب الضمان وجب أن يستويا في إباحة الأكل.

ودليلنا: ما علل به الشافعي أنها ذكاة بغير فعل أحد.

وبيانه: أن الذكاة تكون بفعل فاعل مباشر، ولا تحل بغير فعل مباشر. وتحريره أنها

---

(١) أخرجه البخاري تعليقاً (٣/ ٢٥٨)، الترجمة، والدارقطني (٣/ ٢٥٢).

(٢) انظر الأم (٢/ ١٩٣)

(٣) تقدم تخريجه.

ذكاة، فوجب أن تحل بالمباشرة دون السبب كمن نصب سكيناً فاحتكت بها شاة فانذبحت لم تؤكل.

وعلل أبو الطيب بن سلمة بأن الصيد يحل إذا كان معيناً أو من جملة معينة، كما لو رمى سهماً إلى علو فسقط على صيد اعترضه لم يحل، والمقتول بسلاح الأحبولة لم يكن معيناً، ولا من جملة معينة، وفي هذ التعليل دخل؛ لأنه لو نصبه لصيد معين أو لجملة معينة لم يحل.

وعلل أبو إسحاق المروزي بأن الذكاة تحل بالفاعل، والأحبولة لا فعل لها، وإنما الفعل للصيد الواقع فيها، فلم يحل كما لو احتك بحديدة أو شجرة انذبح بها.

وأما الجواب فهو أنه وارد فيما تصح فيه الذكاة من الآلة إذا أنهر الدم وفرى الأوداج بحده ثم بشروط الاستباحة، فهي موقوفة على غير المباشرة. وأما قياسهم على المباشرة، فهو ما منعنا به من الجمع بين السبب والمباشرة وأما استدلالهم بالضمان، فوجوب الضمان أعم، وإباحة الأكل أخص فافترق حكم العموم والخصوص.

مسألة[1]:

قَالَ الشَّافِعِيُّ رَحِمَهُ اللَّهُ تَعَالَى: «وَالذَّكَاةُ وَجْهَانِ أَحَدُهُمَا مَا كَانَ مَقْدُوراً عَلَيْهِ مِنْ إِنْسيٍّ أَوْ وَحْشِيٍّ لَمْ يَحِلَّ إِلَّا بِأَنْ يُذَكَّى وَمَا كَانَ مُمْتَنِعاً مِنْ وَحْشِيٍّ أَوْ إِنْسِيٍّ فَمَا قَدَرْتَ بِهِ عَلَيْهِ مِنَ الرَّمْيِ أَوْ السِّلَاحِ فَهُوَ بِهِ ذَكِيٌّ».

قال في الحاوي: والحيوان ضربان: مقدور عليه، وممتنع.

فأما المقدور عليه، فلا تحل ذكاته إلا في الحلق واللبة سواء كان أهلياً أو وحشياً، وأما الممتنع، فضربان:

أحدهما: وحشي كالصيد، فعقره ذكاته في أي موضع أصبته، وهو متفق عليه.

والثاني: أهلي، كالنعم إذا توحش، فمذهب الشافعي أن عقره في أي موضع أصبت من ذكاته، كالصيد، وبه قال من الصحابة علي، وابن عباس وابن مسعود، وابن عمر.

ومن التابعين: الحسن، وعطاء، وطاوس.

ومن الفقهاء: أبو حنيفة وأصحابه، وسفيان الثوري.

وقال مالك: لا يحل إلا بالذكاة في الحلق واللبة.

وبه قال من التابعين سعيد بن المسيب.

ومن الفقهاء: ربيعة والليث بن سعد، استدلالاً بقول النبي ﷺ: «الذكاة في الحلق واللبة»[2].

---

(١) انظر الأم (٢/ ١٩٥).

(٢) أخرجه البيهقي في «الكبرى» (١٩١٢٣).

ولأنه الأصل في الأهلي أن يذكى، ولا يفدى بالجزاء، فلو جاز إذا توحش أن يتغير عن حكم أصله في الذكاة، فيصير بعقره بعد أن كانت في حلقه ولبته لوجب أن يتغير حكمه في الجزاء، فيفديه المحرم بعد أن لم يكن مفدياً، أو لصار الحمار الأهلي إذا توحش مأكولاً، فلما بقي على أصله في سقوط الجزاء وتحريم الأكل وجب بقاؤه على أصله في الذكاة.

ودليلنا: ما رواه عباية بن رفاعة بن رافع بن خديج عن أبيه عن جده رافع بن خديج بعيراً ند، فرماه رجل بسهم، فحبسه، فقال رسول الله ﷺ: «إن لهذه الإبل أو قال: للنعم أوابد كأوابد الوحش، فما غلبكم فاصنعوا به هكذا»(١) فكان في هذا الحديث دليلان:

أحدهما: أن قوله: «فحبسه» أي: قتله، لما روي في خبر آخر: فحبسه الله أي: أماته.

والثاني: قوله: «فاصنعوا هكذا». ولو لم يحل بالرمي لم يأمر به.

لأنه حيوان ممتنع، فجاز أن يكون عقره ذكاته، كالوحش. ولأن ما صح به ذكاة الوحش جاز أن يصح به ذكاة الأهلي كالذبح. ولأنه اعتبر في ذكاة الأهل حكم أصله إذا توحش، ولا يكون إلا في الحلق واللبة لوجب أن يعتبر في ذكاة الوحش حكم أصله إذا تأنس فيكون بعقره في غير الحلق واللبة، وفي بطلان هذا في الوحش إذا تأنس دليل على بطلانه في الإنس إذا توحش؛ اعتباراً بالامتناع والقدرة.

فأما الخبر فوارد في المقدور عليه على ما سنورده في سببه.

وأما الجواب عن استدلاله بالجزاء والأكل مع فساده بالوحش إذا تأنس، فهو أنهما يخالفان القدرة والامتناع في الزكاة؛ لأنهما حكمان لازمان لا ينتقلان، والقدرة والامتناع يتعاقبان، فيصير مقدوراً عليه بعد أن كان ممتنعاً، وممتنعاً بعد أن كان مقدوراً عليه، ولا يصير مأكولاً بعد أن كان غير مأكول، ولا غير مأكول بعد أن كان مأكولاً، فافترقا.

مسألة(٢):

قَالَ الشَّافِعِيُّ رَحِمَهُ اللَّهُ تَعَالَى: «وَقَالَ ﷺ: «مَا أَنْهَرَ الدَّمَ وَذُكِرَ اسْمُ اللَّهِ عَلَيْهِ فَكُلُوهُ إِلَّا مَا كَانَ مِنْ سِنٍّ أَوْ ظُفْرٍ؛ لأَنَّ السِّنَّ عَظْمٌ مِنَ الإِنْسَانِ وَالظُّفْرَ مُدَى الحَبَشِ وَثَبَتَ عَنْ النَّبِيِّ ﷺ أَنَّهُ جَعَلَ ذَكَاةَ الإِنْسِيِّ مِثْلَ ذَكَاةِ الوَحْشِيِّ إِذَا امْتَنَعَ. قَالَ: وَلَمَّا كَانَ الوَحْشِيُّ يَحِلُّ بِالعَقْرِ مَا كَانَ مُمْتَنِعاً فَإِذَا قَدَرَ عَلَيْهِ لَمْ يَحِلَّ إِلَّا بِمَا يَحِلُّ بِهِ الإِنْسِيُّ كَانَ كَذَلِكَ الإِنْسِيُّ إِذَا صَارَ كَالوَحْشِيِّ مُمْتَنِعاً حَلَّ بِمَا يَحِلُّ بِهِ الوَحْشِيُّ».

قال في الحاوي: اعلم أن الذكاة تجوز بالحديد، وبما صار في اللحم مور الحديد

(١) أخرجه البخاري (٥٥٠٩)، ومسلم (١٩٦٨).
(٢) انظر الأم (٢/١٩٨).

فذبح بحده لا نثقله من محدد الخشب، والقصب، والزجاج، والحجارة إلا أن يكون سناً أو ظفراً، فلا تجوز الذكاة به، وإن قطع بحده متصلاً كان أو منفصلاً، وسواء كان من إنسان أو سبع، وأجاز أبو حنيفة الذكاة به إذا كان منفصلاً، ولم يجزها به إذا كان متصلاً، احتجاجاً بما روي عن النبي ﷺ أنه قال: «ما أنهر الدم وفرى الأوداج، فكل»(١) فكان على عمومه، ولأنه آلة يمكن الذبح بها، فحلت ذكاتها كالحديد، ولأنها ذكاة منع منها لمعنى في الآلة، فحلت كالسكين المغصوبة، وفرق بين المتصل والمنفصل بأن المتصل يرض بثقله والمنفصل يشق بحده.

ودليلنا: ما رواه الشافعي بإسناده عن رافع بن خديج أنه قال: قلت: يا رسول الله إنا ملاقوا العدو غداً، وليس معنا مدي أفنذكي بالليط» فقال النبي ﷺ: «ما أنهر الدم وذكر اسم الله عليه، فكلوا إلا بما كان من سن أو ظفر، فإن السن عظم من الإنسان والظفر مدي الحبشة»(٢).

فاستثناهما من الإباحة، فدخلا في التحريم؛ وصار عموم أوله مخصوصاً بآخره، ولأنه ذبح بعظم، فوجب أن لا يحل كالمتصل؛ ولأن ما لم تحل الذكاة به إذا كان متصلاً لم تحل الذكاة به إذا كان منفصلاً كالشعر إذا حرق طرداً والحديد إذا قطع عكساً؛ ولأنه في الاتصال أقوى وأمضى منه بعد الانفصال، فلما لم تجز الذكاة به في أقوى حاليه، كان بأن لا يجوز في أضعفهما أولى.

فأما الخبر، فقد يخصه آخره.

وأما القياس على الحديد فيه جوابان:

أحدهما: بطلانه بالمتصل.

والثاني: أن نص السُّنة يدفعه.

وأما القياس على السكين المغصوبة، فعنه جوابان:

أحدهما: أن المنع من السن في حق الله، فصار كذبح ما لا يؤكل.

والمنع من السكين المغصوبة في حق الآدميين، فصار كذبح الشاة المغصوبة.

والثاني: أن الذبح بالسن مختص بالذكاة، لجواز استعماله في غيرها، والمنع من السكين المغصوبة غير مختص بالذكاة لتحريمها فيها وفي غيرها.

فصل:

فأما الذكاة بالعظم قال الشافعي: كرهته ولا سن أن يحرم؛ لأنه لا يقع عليه اسم سن، ولا ظفر، واعتبر الشافعي في التحريم الاسم، وأجازه بالعظم لخروجه عن الاسم، وكرهه، لأنه في معناه، ولم يقسه عليه لاستثناء أصله، وفيه عندي نظر، لأن النبي ﷺ علل المنع من المنع، لأنه عظم الإنسان، فصار تعليل السن بالعظم دليلاً على اشتراكهما

---

(١) تقدم تخريجه.

(٢) تقدم تخريجه.

في الحكم من جهة النص، وليس بقياس على النص.

مسألة(١):

قَالَ الشَّافِعِيُّ رَحِمَهُ اللَّهُ تَعَالَى: «قَالَ وَلَوْ وَقَعَ بَعِيرٌ في بِئْرٍ وَطُعِنَ فَهُوَ كَالصَّيْدِ».

قال في الحاوي: وصورتها في بعير أو بقرة أو شاة وقعت في بئر، أو دخلت في غار، أو حصلت تحت هدم، فلم يكن إخراجها في الحياة للذكاة، فلا يخلو أن يكون موضع الذبح من الحلق واللبة ظاهراً أو غير ظاهر، فإن كان ظاهراً لم تصح ذكاته إلا في الحلق واللبة كالمقدور عليه، لأن ذبحه مقدور عليه، وإن لم يكن موضع الذبح ظاهراً حل بعقره في أي موضع عقر من جسده من مقتل وغير مقتل كالصيد الممتنع.

ومنع مالك من تذكيته بذلك بناء على أصله في الحيوان الأهلي إذا امتنع أن ذكاته لا تحل إلا بذبحه.

ودليلنا: مع ما قدمناه مما رواه حماد بن سلمة عن أبي العشراء الدارمي، عن أبيه، أن بعيراً تردى في بئر فقلت: يا رسول الله ما تكون الذكاة إلا في الحلق واللبة؟ فقال: «رأيتك لو طعنت في فخذه لأجزاك»(٢) وهذا نص.

وروي أنه تردى بعير، فلم يستطيعوا أن ينحروه إلا من قبل شاكلته، فاشترى منه ابن عمر عشراً بدرهمين، وهذا إجماع، لأنهم تبايعوه، وأكلوه، ولم ينكروه.

وإذا كان كذلك جاز عقرها بما يقطع بحده أو يثقب بوقته حلّ أكله، وإن أرسل عليه كلها، فعقره ففي إباحته وجهان:

أحدهما: وهو قول البصريين أنه يحل، لأنه قد صار كالصيد الممتنع، فاستبيح بكل واحد من الأمرين.

والثاني: وهو الصحيح أنه لا يحل بعقر الكلب، وإن حلّ بعقر الحديد؛ لأن الحديد يستباح به الذكاة مع القدرة، وعقر الكلب لا يستباح به مع القدرة، فاستوى عقر الحديد وعقر الكلب في الصيد الممتنع، وافترقا في الحيوان المندفن فلو قطع يد البعير من البئر فمات من قطعها حلّ أكله، وأكل يده، ولو لم يمت من قطعها حتى قطع يداً أخرى حرمت اليد الأولى؛ لأن الذكاة لم تحصل بقطعها، وحلّت اليد الثانية مع البدن لحصول الذكاة بقطعها.

مسألة(٣):

قَالَ: الشَّافِعِيُّ رَحِمَهُ اللَّهُ تَعَالَى: «وَلَوْ رَمَى صَيْداً فَكَسَرَهُ أَوْ قَطَعَ جِنَاحَهُ وَرَمَاهُ آخَرُ فَقَتَلَهُ كَانَ حَرَاماً وَكَانَ عَلَى الرَّامِي الآخَرِ قِيمَتُهُ بِالحَالِ الَّتِي رَمَاهُ بِهَا مَكْسُوراً أَوْ

---

(١) انظر الأم (٢/١٩٨).

(٢) تقدم تخريجه.

(٣) انظر الأم (٢/١٩٨).

مَقْطُوعاً. قَالَ المُزَنِيُّ رَحِمَهُ اللَّهُ: مَعْنَى قَولِ الشَّافِعِيِّ عِنْدِي فِي ذَلِكَ أَنَّهُ إِنَّمَا يَغْرَمُ قِيمَتَهُ مَقْطُوعاً لأَنَّهُ رَمَاهُ فَقَطَعَ رَأْسَهُ أَوْ بَلَغَ مِنْ مَقَاتِلِهِ مَا يَعْلَمُ أَنْ قَتَلَهُ دُونَ جَرْحِ الجَنَاحِ. وَلَوْ كَانَ جُرحاً كَالجُرْحِ الأَوَّلِ ثُمَّ أَخَذَهُ رَبُّهُ فَمَاتَ فِي يَدَيْهِ فَقَدْ مَاتَ مِنْ جُرْحَيْنِ فَعَلَى الثَّانِي قِيمَةُ جُرْحِهِ مَقْطُوعَ الجَنَاحِ الأَوَّلِ وَنِصْفُ قِيمَتِهِ مَجْرُوحاً جُرْحَيْنِ لأَنَّ قَتْلَهُ مَقْطُوعَ الجَنَاحَينِ مِنْ فِعْلِهِ وَفِعْلِ مَالِكِهِ».

قال في الحاوي: وصورة هذه المسألة في رجلين رميا صيداً، فأصابه كل واحد منهما، فلها حالتان:

إحداهما: أن يتفقا في إصابته.

والثاني: أن يختلفا فيها.

فإن اتفقا في إصابته، فرمياه معاً، في حال واحدة لم يسبق أحدهما الآخر، فلن تخلو الإصابتان من ثلاثة أقسام:

أحدهما: أن يكون كل واحد منهما موجية، فيكون الصيد بينهما، وهو مأكول.

والثاني: أن يكون كل واحد منهما غير موجية فيكون بينهما، فإن لم يقدر على ذكاته بعد الجراحتين كان مأكولاً، وإن قدر عليهما كان غير مأكول.

والقسم الثالث: أن تكون إحدى الجراحتين موجية، والأخرى غير موجية، ففيه وجهان:

أحدهما: أن يكون ملكاً لهما، وهو مأكول، ويستوي فيه من وجا، ومن لم يوج لأن غير الموجية قد تسم، وتذكيه كالموجية.

والثاني: أنه يكون ملكاً للموجي خاصة؛ لأننا على يقين من إثباته، وتذكيته بها، وفي شك من إثباته بغير الموجية، فوجب أن يكون ملكه مستحقاً باليقين دون شك.

فصل:

وإن اختلفا في الإصابة، وأصابه أحدهما دون الآخر، فهو على ثلاثة أقسام:

أحدها: أن تكون الإصابة الأولى موجية دون الثانية.

والثاني: أن تكون الإصابة الثانية موجية دون الأولى.

والثالث: أن تكون كل واحدة من الإصابتين غير موجية، ولا حكم لرابع إن خرج به التقسيم أن تكون كل واحدة منهما موجية، لأنه لا توجية بعد التوجية فأما القسم الأول وهو أن تكون الإصابة الأولى موجية دون الثانية، وهو الأول الموجي، وقد حل بالتوجية سواء كانت في محل الذكاة أو في غيرها، وينظر في إصابة الثاني، فإن لم تؤثر في نقص قيمته، فهي هدر، ولا شيء فيها، وإن أثرت في شق الجلد نقصاً ضمن أرشها، فإن اختلفا، فادعى كل واحد منهما أنه الأسبق الموجي، وعدما البينة تحالفا، فإن حلف أحدهما، ونكل الآخر قضى بالصيد للحالف، وقضى بأرش النقص على الناكل، وإن

حلفا جعل الصيد بينهما بأيمانهما، لتكافئهما فيه، وسقط غرم الأرش بالإصابة الثانية، للجهل بمستحقه والمستحق عليه، وإن نكلا انقطع التخاصم بينهما، ووقف الصيد، والأرض على اصطلاحهما.

فصل:

وأما القسم الثاني: وهو أن يكون الموجي هو الثاني دون الأول، فهذا على ثلاثة أضرب.

أحدها: أن يكون الأول لم يثبته بإصابته، فيكون الصيد ملكاً للثاني الموجي وتكون التوجية ذكاة سواء كانت في محل الذكاة أو كانت في غيرها.

والثاني: أن يكون الأول قد أثبته بإصابته، فيكون ملكاً للأول، وينظر في توجية الثاني: فإن كانت في عد محل الذكاة من الحلق واللبة كان مأكولاً، وضمن بالتوجية ما بين قيمته مجروحاً ومذبوحاً، وإن كانت التوجية في غير محل الذكاة بأن قطع نصفين، فهو غير مأكول؛ لأنه قد صار بإثبات الأول مقدوراً عليه لا يحل إلا بذكاته في الحلق واللبة، ويضمن الموجي جميع قيمته مجروحاً.

والثالث: أن يشك فيه هل أثبت الأول بإصابته أم لا، فيكون الشك مسقطاً لحكم الإثبات في حق الأول؛ لأنه على أصل الامتناع، ويكون ملكاً للثاني، وينظر في توجيته.

فإن كانت في محل الذكاة أكل، وإن كانت في غير محلها ففي إباحة أكله وجهان:

أحدهما: مباح، لأن إثبات الأول قد يسقط بالشك.

والثاني: محظور، لتردده بين جواز في محتملين مع ما يقتضيه حكم الأول من الحظر، وإنما يسقط بالشك ملك الأول؛ لأن الأصل أنه غير مالك ولم يسقط بالشك حكم الحظر؛ لأن الأصل فيه الحظر، ولو ادعى الجارح الأول أنه قد أثبته وأنكر الموجي فالقول قول الموجي مع يمينه، والتوجية كالتذكية. فإن قيل: ألستم قلتم: إنهما اتفقا على إصابته أنه بين الجارح والموجي في أحد الوجهين، فهلا جعلتموه في تقدم أحدهما على الآخر على وجهين. قيل: الفرق بينهما في أحد الوجهين من وجهين:

أحدهما: أن أيديهما في الاتفاق متساويان، وفي الاختلاف مفترقان.

والثاني: أنه لم يمض مع الاتفاق زمان الإثبات، فيراعى، وقد مضى مع اختلاف في زمان الإثبات، فصار مراعى.

فصل:

وأما القسم الثالث: وهو أن يكون كل واحد من الأول والثاني جارحاً غير موج، فلا تخلو جراح الأول من أحد ثلاثة أضرب:

أحدها: أن يثبت الصيد بها.

والثاني: أن لا يثبته بها.

والثالث: أن يشك في إثباته بها.

فإن علم أن الأول قد أثبت الصيد بجراحته. وذلك بأن يكسر رجل ما يعدو وجناح ما يطير، فهو ملك للأول دون الثاني؛ لأنه بالإثبات قد صار مملوكاً، فوجب أن يكون ملكاً لمثبته، وإن لم يصر إلى يده كما لو وقع في فخه أو شبكته، وإن علمنا أو الأول لم يثبته بجراحته وذلك بأن يراه بعد الجراحة يعدو أو يطير، وهو للثاني دون الأول لوجود الإثبات بجراحته.

فإن قيل: فكل واحد من الجرحين قد أثر في إثباته، فهلا كان بينهما كما لو جرحا عبداً فمات فكان ضمانه عليها، ولم يكن على الثاني منهما.

قيل: لأن الجراحة الأولى في الصيد لم تؤثر في الملك، فلم توجب الاشتراك فيه، والجراحة الأولى في العبد مؤثرة في الضمان، فأوجب الاشتراك فيه، وإن شككنا في جراحة الأول، هل أثبت الصيد بها أم لا؟ وجب أن يكون الشك مطرحاً واليقين معتبراً فيكون للثاني دون الأول؛ لأنه أصل الاقتناع حتى يتيقن ما عداه، ويتيقن الإثبات مع الثاني دون الأول، فصار ملك الصيد هنا بين أن يكون الأول في حالة واحدة وبين أن يكون الثاني في حالتين، ولا يصح أن يكون بينهما نصفين؛ لأنهما فيه غير متساويين.

فصل:

فإذا تقررت هذه الجملة، فإن جعلنا الصيد ملكاً للثاني؛ فلا ضمان في تلفه على الأول، ولا على الثاني، أما الأول فلأنه جرحه في حال الإباحة، وأما الثاني فلأنه قد جرحه في ملكه فلم يضمنه في حق نفسه، وإن جعلها الصيد ملكاً للأول بإثباته، وجرحه الثاني، فسرت الجراحة إلى نفسه فمات، فقد صار موته من جراحتين مختلفي الحكم؛ فالجراحة الأولى مستجلبة للحكم، مبيحة للأكل لو انفردت، والجراحة الثانية مستهلكة للملك محرمة للأكل لو انفردت، فإذا اجتمعت الجراحتان مع حصول الاستهلاكين والتحريم، فقد اختلف أصحابنا هل يكون حكم الاستهلاك والتحريم مختصاً بالجراحة الثانية فيكون الثاني ضامناً لجميع القيمة، ويكون مضافاً إلى الجراحتين والقيمة مقسطة على الجراحتين؟ على أربعة أوجه:

أحدها: وهو الظاهر على مذهب الشافعي، وهو قول جمهور أصحابه، أن حكم الاستهلاك والتحريم مضافاً إلى الجراحتين، وأن قيمة الصيد المستهلكة مقسطة على الجارحين، لأن التلف كان لسراية الجراحتين، فلم يمنع اختلاف حكمهما من تقسيط الضمان عليهما، كما لو قطع الصيد يد عبده في السرقة وقطع أجنبي يده في جناية، ومات منهما كان على الجاني نصف قيمته؛ لأنه مات بسراية القطعتين، وإن كان الأول فيهما مباحاً غير مضمن كذلك في هذه الجراحتين.

والثاني: وهو قول أبي سعيد الإصطخري أن الضمان مختص بالجراحة الثانية وعلى الجارح الثاني جميع القيمة بعد الجراحة الأولى، قال: لأن الجراحة الأولى لما

استجلبت الملك، أباحت الأكل، ولم يتعلق بها حكم ما لم يوجد فيها من استهلاك وتحريم.

والجراحة الثانية لما استهلكت الملك، وحرمت الأكل اختص بها حكم ما يوجد فيها من الاستهلاك والتحريم؛ لتنافي الحكم في الجراحتين، فعلق على كل واحدة حكمها.

والثالث: حكاه أبو علي بن أبي هريرة أن ينظر حال الصيد، فإن حصل في يد صاحبه حياً، فعلى الثاني، قسطه من القيمة كما قلناه في الوجه الأول لأن الجراحة الأولى مع إدراك حياته قد صارت كالثانية في استهلاكه وتحريمه، فتقسطت القيمة عليهما، وإن لم يحصل في يد صاحبه إلا ميتاً، فعلى الثاني جميع القيمة كما قيل في الوجه الثاني؛ لأن الجراحة الأولى عند فوات ذكاته لم يكن لها تأثير في استهلاكه، ولا تحريم.

والرابع: وهو أظهرها عندي أنه إن مضى في الزمان بين الجراحتين قدر ما يدركه صاحبه. فالقيمة بينهما، وعلى الثاني قسطه منها كالوجه الأول؛ لأن مضى زمان إدراكه موجب لتحريمه عند فوات ذكاته، فاستوت الجراحتان في التحريم فقسطت القيمة عليهما وإن لم يمض بين الجراحتين زمان إدراكه، والجراحة الثانية هي المختصة بالتحريم، فاختص الثاني بجميع القيمة كالوجه الثاني؛ لأن قصور الزمان يمنع من تأثير الأول في التحريم.

فصل:

فإذا تقرر ما ذكرنا من هذه الوجوه الأربعة وتعليل كل وجه منها، فإن وجب بها على الثاني جميع القيمة على مقتضى تعليلها صار الجرح الثاني كالتوجية في غير محل الذكاة، فيلزم الثاني جميع قيمة الصيد مجروحاً، وزعم المزني أن مسألة الكتاب في الثاني أن يكون موجياً؛ لأنه أوجب جميع القيمة، وأنكر سائر أصحابنا أن تكون مسألة الكتاب في الثاني أن يكون موجياً، لأنه أوجب جميع القيمة وما قاله الشافعي من إطلاق وجوب القيمة محمول على اختلاف الوجوه الأربعة، فيكون إطلاقها عند وجوب الكل محمولاً عليه، وعند وجوب القسط محمولاً عليه، وأما إذا وجب على الثاني قسطه من القيمة على مقتضى الوجوه الأربعة، وهو مختص بمسألة الكتاب، فقد اختلف أصحابنا حينئذٍ في تعليل الحكم الموجب لتقسيط القيمة والعمل المؤدي إليه على خمسة أوجه يتضح بيانها إذا ذكرت قيمة الصيد وأرش الجرح، فتصورها في صيد مملوك قيمته عشرة دراهم جرحه الأولى جرحاً نقص من قيمته درهماً، وجرح الثاني نقص من قيمته درهماً، ثم مات من الجراحتين، فأخذ الوجوه الخمسة في تعليل الحكم من طريق العمل وهو قول أبي إبراهيم المزني إنك توجب على كل واحد من الجارحين أرش جراحه، ثم تقسم قيمة الصيد بعد الجراحتين بينهما نصفين، وتجمع على كل واحد منهما ما بين نصف قيمته وأرش جراحته

فتجعل على الأول درهماً هو أرش جراحة، وعلى الثاني درهماً هو أرش جراحة وقيمة الصيد بين الجراحتين ثمانية دراهم تجب على كل واحد من الجارحين نصفها أربعة دراهم، فتضم إلى الدراهم الذي لزمه بأرش الجراحة، فيصير على كل واحد منهما خمسة دراهم، ولو كانت جراحة الأول أرشها درهماً، وجراحة الثاني أرشها درهمين. فهما أرش جرحته، ثم مات الصيد بعد الجراحتين وقيمته سبعة دراهم، فيكون على كل واحد منهما نصفها ثلاثة دراهم ونصف فيصير على الأول مع الدرهم أربعة ونصف، وعلى الثاني مع الدرهمين خمسة دراهم ونصف، ولو كانت جراحة الأول أرشها ثلاثة دراهم، وجراحة الثاني أرشها درهمان أوجب على الأول ثلاثة دراهم هو أرش جراحته، وأوجب على الثاني درهمين هما أرش جراحته، ومات الصيد بعد الجراحتين وقيمته خمسة دراهم على كل واحد منهما نصفها، يضم إلى ما عليه، فيصير على الأول خمسة دراهم ونصف، وعلى الثاني أربعة دراهم ونصف ثم على هذه الطريقة فيما زاد ونقص، وهي إن صحت في العمل فهو تفسد على أصول الشافعي في وجهين:

أحدهما: أن الجراحة إذا سرت إلى النفس لم يعتبر أرشها، وإذا لم تسر إلى النفس اعتبر أرشها، ألا ترى أن رجلاً لو قطع يد عبد، فمات من السراية ضمن جميع القيمة، ودخل أرش القطع في قيمة النفس، ولو لم يمت من القطع حتى قتله آخر كان على القاطع دية يده، لأن قطعه لم يسر، كان على القاتل قيمة نفسه؟ والمزني اعتبر أرش الجراحة مع سرايتها، وفيه مخالفة لهذا الأصل.

والثاني: أن قيمة المجنى عليه معتبرة عند وقوع الجناية عليه، ولا تعتبر قيمته بعد استقرارها عليه، ألا ترى لو قطع يد عبد فمات اعتبرت قيمته قبل قطعه ولم تعتبر بعده، والمزني اعتبر القيمة بعد الجراح، فخالف هذا الأصل، واختلف أصحابنا كذلك فيما ذهب إليه المزني، هل قاله تخريجاً على مذهب الشافعي، فكان مخطئاً، أو قاله مذهباً لنفسه فكان مجتهداً؟ فعلى وجهين:

أحدهما: قاله تخريجاً.

والثاني: قاله مذهباً غير اجتهاد، فهذا حكم الوجه الأول على قول المزني.

فصل:

والوجه الثاني: وهو الظاهر من مذهب الشافعي على قوله أكثر أصحابه، وقيل: إنه قول أبي إسحاق المروزي، وإن لم أره في شرحه، أن قيمته في حق كل واحد منهما معتبرة بحال جنايته وجراحة كل واحد منهما، قد سرى نصفها إلى ما دخل في ضمان، فسقط اعتباره، وسرى نصفها إلى ما دخل في ضمان غيره فوجب اعتباره، لأنها لو سرت في حقه إلى جميع النفس سقطت، ولو لم تسر في حقه إلى شيء من النفس وجبت، فوجب إذا سرت في حقه إلى نصف النفس أن يسقط نصف الأرش ويجب نصف الأرش مضموماً إلى نصف القيمة وقت جنايته، ويتحمل الثاني عن الأول نصف الأرش كما

تحمل عنه نصف النفس.

وبيانه: أن نقول جرحه الأول، وقيمته عشرة دراهم، وأرش جراحته درهم فوجب عليه نصف العشرة، وهي خمسة ونصف الأرش وهو نصف درهم يتحمله عنه الثاني، ثم جرحه الثاني، وقيمته تسعة دراهم وأرش جراحته درهم، فوجب عليه نصف قيمته أربعة دراهم، ونصف أرشه جراحته، وهو نصف درهم يتحمله عن ا لأول، فيصير عليه خمسة دراهم، وعلى الأول خمسة دراهم، فيصير هذا موافقاً لقول المزني في الجواب، ومخالفاً له في التعليل، ليكون سليماً على الأصول، فعلى هذا لو كان أرش جراحة الأول درهماً، وأرش جراحة الثاني ثلاثة دراهم كان على الأول نصف العشرة، وهي خمسة ونصف أرش جراحته وهو نصف درهم، وجرحه الثاني، وقيمته تسعة دراهم، فعليه نصفها أربعة دراهم ونصف، وعليه نصف أرش جراحته وهو درهم ونصف تحملها عن الأول، فصار عليه ستة دراهم، وبقي على الأول أربعة دراهم، وعلى هذا لو كان أرش جراحة الأول ثلاثة دراهم وأرش جراحة الثاني درهماً، كان على الأول نصف قيمته، وهي خمسة دراهم، ونصف أرش جنايته، وهو درهم ونصف، يصير عليه ستة دراهم ونصف، وجرحه الثاني وقيمته سبعة دراهم عليه نصفها ثلاثة دراهم ونصف، ونصف أرش جراحة، وهي نصف درهم يتحمله عن الأول، فيصير على الثاني أربعة دراهم، وبقي على الأول ستة دراهم، ثم على هذا القياس، فيكون الوجهان متفقين في الجواب مختلفين في التعليل.

واختلف من قال بهذا الوجه فيما يحمله الثاني عن الأول من نصف الأرش: هي يكون في ضمان الأول حتى يؤخذ من الثاني؟ أو يكون ساقطاً عنه بصفات الثاني؟ على وجهين:

أحدهما: أنه يكون في ضمانه حتى يؤخذ من الثاني كالغاصب إذا غصب عبداً فجرحه آخر في يده كان أرش الجراح من ضمانه وضمان غاصبه، كذلك ها هنا فعلى هذا يكون مالك العبد مخيراً في أخذ نصف أرش جراحة الثاني في الأول أو الثاني، فإن أخذه من الأول رجع به الأول على الثاني، وإن أخذه من الثاني لم يرجع به على الأول.

والثاني: وهو أصح أنه يسقط عن الأول بضمان الثاني، كما سقط عنه نصف القيمة بضمان الثاني، فلا يستحق مالك الصيد مطالبة الأول به، ويستحقه على الثاني مع نصف القيمة.

فإن قيل: فهلا كان اعتبار قيمة الصيد في حق الجارحين سواء، فتكون القيمة قبل الجراحتين بينهما نصفين بالسوية، كالحرّ إذا جرحه اثنان، فمات كانت الدية عليهما بالسوية نصفين، ولم يكن ما على الثاني منهما أقل مما على الأول قيل: لأن دية الحرّ بعد الجناية كديته قبلها، وقيمة العبد بعد الجناية أقل من قيمته قبلها ألا تراه لو قتل حراً مقطوع اليد كانت عليه دية من ليس بأقطع؟ ولو قتل عبداً مقطوع اليد كانت عليه قيمة عبد أقطع؟ فهذا حكم الوجه الثاني.

فصل:

والوجه الثالث: وهو قول أبي الطيب بن أبي سلمة أنه كالوجه الثاني في اعتبار القيمة ونصف الأرش، لكن لا يحتمل الثاني عن الأول ما لزمه من نصف الأرش، وتقسم قيمة الصيد بينهما على مقدار ما لزمها.

وبيانه: أن نقول: إذا كانت جراحة الأوّل درهماً، وجراحة الثاني درهماً على أن للأول نصف القيمة، ونصف الجراحة خمسة دراهم ونصف، وعلى الثاني نصف القيمة مجروحاً، ونصف الجراحة خمسة دراهم بعير عليها ما عشرة دراهم ونصف، وقيمة الصيد عشرة دراهم، لا يستحق مالكه أكثر منها، فتقسم العشرة التي هي القيمة على عشرة أسهم ونصف، فيكون على الأول منها خمسة أسهم ونصف من عشرة أسهم ونصف من العشرة، وكان على الثاني منها خمسة أسهم من عشرة أسهم ونصف العشرة، ولو كانت جراحة الأول درهماً، وجراحة الثاني درهمين، كان على الأول نصف القيمة، ونصف الجراحة ستة دراهم، وعلى الثاني نصف القيمة مجروحاً ونصف الجراحة خمسة دراهم، فإذا اجتمعت بينهما كانا أحد عشر درهماً تجعلها سهاماً، وتقسم العشرة التي هي القيمة على أحد عشر سهماً، منها على الأول ستة أسهم من أحد عشر سهماً من العشرة وعلى الثاني خمسة أسهم من أحد عشرة سهماً من العشرة، ولو كانت جراحة كل واحد منهما ثلاثة دراهم كان على الأول نصف القيمة خمسة دراهم، ونصف الجراحة درهم ونصف، يكونان ستة دراهم ونصف درهم، وعلى الثاني نصف قيمته مجروحاً وهي ثلاثة دراهم ونصف جراحته درهم ونصف يكونان خمسة دراهم، فإذا جمعتهعا صار أحد عشر سهماً ونصف وعلى الأول ستة أسهم ونصف من أحد عشر سهماً ونصف ويكون جراحته ثلث درهم فتصير ثلاثة دراهم من العشرة، وعلى الثاني خمسة أسهم من أحد عشر سهماً، ونصف العشرة، ولو كانوا ثلاثة فكانت جراحة الأول درهماً، وجراحة الثاني درهمين، وجراحة الثالث ثلاثة دراهم، كان على الأول ثلث قيمته ثلاثة دراهم وثلث درهم وثلث جراحته ثلاثة دراهم، تصير على ثلاثة دراهم وثلثا درهم، وعلى الثاني ثلث قيمته مجروحاً بجرح واحد ثلاثة دراهم وثلث جراحته ثلث درهم، فتصير ثلاثة دراهم وثلثي درهم، وعلى الثالث ثلث قيمته مجروحاً جرحين وهي سبعة دراهم يكون عليه درهمان وثلث، وعليه ثلث جراحة درهم يصير عليه ثلاثة دراهم وثلث درهم، فإذا جمعت ما عليهم فعلى الأول ثلاثة وثلثان، وعلى الثاني ثلاثة وثلثان، وعلى الثالث ثلاثة وثلث، كانت عشرة وثلثين تجعلها سهاماً، وتقسم العشرة عليهما، فيكون على الأول ثلاثة أسهم وثلثا سهم من عشرة أسهم وثلثي سهم من عشرة، وعلى الثاني مثلها وعلى الثالث ثلاثة أسهم وثلث من عشرة أسهم وثلثي سهم من العشرة ثم على هذا العبر يكون الحكم على هذا الوجه، مخالفاً للوجهين المتقدمين في الجواب والتعليل.

فصل:

والوجه الرابع: وهو قول أبي علي بن خيران إنك توجب على كل واحد من الجارحين جميع قيمته عند جنايته، وتجمع بين القسمين، وتقسم قيمة الصيد قبل الجراحتين عليهما، ويلزم كل واحد منهما قسط منها، فيصير معتبراً بجراحة الأول في حق الثاني، ولا يصير معتبراً بجراحة الثاني في حقه، ولا في حق الأول، مثله: إذا جرحه كل واحد منهما جراحة أرشها درهم، فحصل على الأول جميع قيمته صحيحاً وهي عشرة دراهم، وحصل على الثاني جميع قيمته صحيحاً وهي عشرة دراهم، وحصل على الثاني جميع قيمته مجروحاً وهي تسعة دراهم ويجمع بين القيمتين تكون تسعة عشر درهماً، فتجعلها سهاماً، وتقسم العشرة عليها وتوجب على الأول عشرة أسهم من تسعة عشر سهماً من العشرة، وتوجب على الثاني تسعة أسهم من تسعة عشر سهماً من العشرة، ولو كانت جراحة كل واحد منهما درهمين جعلت على الأول عشرة، وعلى الثاني ثمانية، وجمعت بينهما تكون ثمانية عشر فتقسم العشرة على ثمانية عشر سهماً، وجب على الأول منها عشرة أسهم من ثمانية عشر سهماً من العشرة، وعلى الثاني ثمانية أسهم من ثمانية عشر سهماً من العشرة ولو كانوا ثلاثة، وكان أرش جراحة كل واحد منهم ثلاثة دراهم كانت جراحة الأول معتبرة في حق الثاني، وجراحة الثاني معتبرة في حق الثالث، وغير معتبرة في حق الأول، وجراحة الثالث غير معتبرة في حق الثاني، ولا في حق الأول، فيجعل على الأول جميع قيمته صحيحاً، وهي عشرة، وعلى الثاني جميع قيمته بعد جراحة الأول، وهي سبعة، وعلى الثالث جميع قيمته بعد جراحة الثاني، وهي أربعة، ويجمع بين القيم الثلاث وهي عشرة وسبعة وأربعة تكون إحدى وعشرين، فتقسم العشرة بينهم على أحد وعشرين سهماً يوجب على الأول منها عشرة أسهم من أحد وعشرين سهماً من العشرة، وعلى الثاني سبعة أسهم من أحد وعشرين سهماً من العشرة، وعلى الثالث أربعة أسهم من أحد وعشرين سهماً من العشرة ثم على هذه العبرة، وهذا الوجه مخالف حكم الوجوه الثلاثة في الجواب والتعليل.

فصل:

والوجه الخامس: وهو قول أبي علي بن أبي هريرة أن كل واحد منهما يضمن نصف قيمته وقت جراحه، ولا اعتبار بما تقدمها ولا بما تأخر عنها، ولا اعتبار بأرش كل واحد منهما إذا صارت نفساً لدخولها في ضمان النفس، فإذا جرحه الأول وقيمته عشرة دراهم وجرحه الثاني، وقيمته تسعة دراهم، كان على الأول نصف العشرة خمسة دراهم، وعلى الثاني نصف التسعة أربعة دراهم ونصف، وسقط ضمان نصف درهم من العشرة دخل به النقص على الملك؛ لأنه ليس له في وجوب ضمانه محل. ولو جرحه الأول، وقيمته عشرة دراهم، وجرحه الثاني، وقيمته ستة دراهم على الأول نصف العشرة خمسة دراهم وعلى الثاني نصف الستة ثلاثة دراهم ويسقط ضمان درهمين، ولو كانوا ثلاثة

جرحه الأول، وقيمته عشرة دراهم وجرحه الثاني وقيمته ثمانية، وجرحه الثالث وقيمته ستة، كان على الأول ثلث العشرة ثلاثة دراهم وثلث، وعلى الثاني ثلث الثمانية درهماً وثلثان وعلى الثلث ثلث الستة درهماً، يصير مجموع ما عليهما ثمانية دراهم ويسقط ضمان درهمين على هذه العبرة، وهذا الوجه مخالف للوجوه الأربعة في الحكم والمقدار والعمل.

فصل:

وإذا تقررت أحكام هذه الوجوه الخمسة، فكذلك حكمها في جميع البهائم المملوكة.

وأما حكمها في الآدميين، فإن كان المجروح حراً سقط اعتبار أرش الجراح فيه لكمال ديته قبل الجراح وبعدها على سواء، وإن كان المجروح عبداً فإن لم يكن في جراحه أرش مقدر فهو كالصيد وسائر البهائم على ما شرحناه وإن كان في جراحه أرش مقدر كالأطراف، فقد خرج فيه أبو علي بن أبي هريرة وجهين:

أحدهما: أنه يصير بتقدير أطرافه كالحرّ.

والثاني: أنه يصير مع التقدير كالبهيمة وكلا الوجهين معلول على الإطلاق، لأن العبد تنقص قيمته بعد جراحة الأول، بخلاف الحرّ فيبطل بينه وبين الحرّ والعبد تتقدّر أطرافه بخلاف البهيمة فبطل الجمع بينه وبين البهيمة فإذا بطل الوجهان صار حكمه في المقدر مشتركاً بين أحكام الحرّ في التقدير وبين أحكام البهيمة في اعتبار القيمة ثم يخالفها من وجه ثالث: أنك تعتبر في طرق العبد أكثر الأمرين من المقدر فيه أو ما نقص من القيمة ما لم يستوعب المقدر جميع القيمة، فإن استوعبها أوجبت أقلها، وهو نقصان القيمة؛ لأن الشركة مع السراية تمنع من وجوب جميعها على أحدهما فيعمل على ما يوجبه هذا التعليل من الوجوه الخمسة، وإذا كان كذلك، فإن كان الجانيان على الصيد والبهيمة أجنبيين، ولم يكن **أحدهما** مالكاً فعلى كل واحد منهما من القيمة ما أوجبته الشركة على الوجوه الخمسة، وإن كان أحدهما مالكاً سقط عنه قسطه، ووجب على الأجنبي قسطه، ويتصور في غير الصيد أن يكون المالك أولاً وثانياً، ولا يتصور في العبد الممتنع أن يكون المالك في المضمون إلا الأول دون الثاني والله أعلم.

مسألة(١):

قَالَ الشَّافِعِيُّ رَحِمَهُ اللَّهُ تَعَالَى: «وَلَوْ كَانَ مُمْتَنِعاً بَعْدَ رَمْيِهِ الأَوَّلِ يَطِيرُ إِنْ كَانَ طَائِراً أَوْ يَعْدُو إِنْ كَانَ دَابَّةً ثُمَّ رَمَاهُ الثَّانِي فَأَثْبَتَهُ كَانَ لِلثَّانِي».

قال في الحاوي: اعلم أن الصيد ضربان، ممتنع وغير ممتنع، فأما الممتنع، وهو

(١) انظر الأم (٢/١٩٨).

ما بعد عن طلبه بطيرانه إن كان من الطير أو بعدوه إن كان من الدواب، فلم يقدر عليه إلا بآلة يتوصل بها إليه. وأما غير الممتنع، وهو صغاره الذي لم يتكامل قوته، ولا يقدر أن ينهض بجناح، وإن كان طائراً، ولا يعدو برجل إن كان دابة قال الله عز وجل: ﴿يَٰٓأَيُّهَا ٱلَّذِينَ ءَامَنُوٓاْ إِذَا ضَرَبۡتُمۡ فِي سَبِيلِ ٱللَّهِ﴾ [المائدة: ٩٤] فيه تأويلان:

أحدهما: معناه: ليكلفنكم إباحة ما أحله، أو حظر ما حرمه.

والثاني: ليختبرنكم في قبول أوامره، والانتهاء عن زواجره ﴿تَنَالُهُۥٓ أَيۡدِيكُمۡ وَرِمَاحُكُمۡ﴾ فيه تأويلان:

أحدهما: ما تناله أيدينا الصغار، ورماحنا الكبار، قاله ابن عباس فإن كان الصيد غير ممتنع لصغر لم يملك إلا بالأخذ والتناول؛ لقوله تعالى: ﴿تَنَالُهُۥٓ أَيۡدِيكُمۡ﴾ [المائدة: ٩٤] ولا تكون ذكاته إلا في الحلق واللبة؛ لأنه مقدور عليه، فلو دل عليه رجل وأخذه آخر، كان ملكاً لآخذه دون الدال عليه، قال النبي ﷺ: «الصيد لمن صاده لا لمن أثاره»، فلو نبش عليه أحدهما بيته حتى طيره، وأخذه الآخر كان للآخذ دون النابش، فلو وقعت أيديهما عليه كان لأسبقهما يداً، فإن استوت أيديهما معاً كان بينهما يستوي فيه من أخذ برأسه ومن أخذ برجله أو ذنبه، ولا يقسم عليهما بقدر أيديهما عليه، ومواضعهما منه؛ لأن اليد على بعضه يد على جميعه ألا ترى أن رجلين لو تنازعا على دابة في يد أحدهما رأسها وفي يد الآخر ذنبها كانا في اليد عليها سواء.

فصل:

وأما الممتنع بعدوه أو طيرانه، فيملك بأحد ثلاثة أشياء:

أحدها: بالأخذ والتناول بأن يظفر به في بيته، أو يعقله على مائة أو حضانة ولده وبيضه، فيصير بحصوله في يده ملكاً له، وإن كان باقياً على امتناعه لو أرسل.

والثاني: أن يقع في شبكته أو شركه، فلا يقدر على الخلاص، فيصير بحصوله فيها ملكاً لواضع الشبكة والشرك سواء كان حاضراً أو غائباً، وسواء عقرته الشبكة أو لم تعقره، إذا لم يقدر على الخلاص منها، فإن قدر على الخلاص لم يستقر ملكه عليه في حال قدرته على الخلاص إلا بأحد أمرين.

إما أن يأخذه بيده ويصير بوقوعه فيها أحق به من غيره، وإن أخذه غيره صار الآخذ له أملك به من صاحب الدار، فإن أفضت الشبكة باضطراب الصيد فيها إلى عجزه عن الخلاص منها، فقد ملكه حينئذٍ صاحب الشبكة، وإن أخذه في هذه الحال غيره، كان صاحب الشبكة أحق به، ولو انقطعت الشبكة فأفلت الصيد منها. نظر في قطع الشبكة، فإن قطعها الصيد الواقع فيها عدا بعد انفلاته إلى حال الإباحة وملكه من صاده؛ لأنه بان أن الشبكة لم تثبته، ولو قطعها غيره من صيود أُخر اجتمعت على قطعها كان باقياً على ملك صاحبها، لا يزول عنه بانفلاته منها؛ لأنها قد أثبتته، فلا يملكه غيره إذا صاده،

ويسترجعه منه كالعبد الآبق والبعير والشارد، فإن كانت الشبكة فارغة، فاضطر الصيد غير واضع الشبكة إليه، فوقع فيها بطرده إليها، كان ملكاً لواضع الشبكة دون طارده؛ لأن إثباته بالشبكة دون الطرد فلو وضع الشبكة غير مالكها كان الصيد ملكاً لواضعها دون مالكها، سواء كان مستعيراً أو غاصباً، وعليه إن غصب أجرة مثلها، فلو حضر مالك الشبكة، بعد وضعها، فإن كان معيراً كان واضعها أحق بالصيد منه، وإن كان مغصوباً كان ما وقع فيه قبل حضوره ملكاً للغاصب، وما وقع بعد حضوره ملكاً للمغصوب إن رفع يد الغاصب، وملكاً للغاصب إن لم يرفع يده عنها؛ لأن الغاصب يبرأ من ضمانها إذا رفعت يده، فصار وضعها قبل وضع يده منسوباً إلى الغاصب وبعد رفع يده منسوباً إلى المغصوب.

والثالث: الذي لا يملك به الصيد أن يثبته بعد الامتناع فلا يقدر على عدو ولا طيران. وهذا الإثبات معتبر بشرطين:

أحدهما: أن يكون بفعل منه وصل إلى الصيد بالآلة المؤثرة في إثباته من ضرب أو جرح، وإن سعى خلف الصيد فوقف بإعيائه، لم يملكه بالوقوف، حتى يأخذه، لأن وقوفه استراحة منه هو بعدها على امتناعه، وكذلك لو توحّل الصيد عنه طلبه في طين لم يقدر على الخلاص منه لم يملكه حتى تأخذه؛ لأن الطين ليس من فعله، فلو كان هذا الذي أرسل الماء في الأرض حتى توحّلت ملكه بوقوعه في الوحل؛ لأن الوحل من فعله، فصار به كوضع الشبكة ولو اعترضه منه سبع فعقره فأثبته لم يملكه؛ لأن اعتراض السبع ليس من فعله، فلو كان هذا الذي أغرى السبع باعتراضه حتى عقره فأثبته نظر، فإن كانت له على السبع يد ملك الصيد بعقره، وصار كإرسال كلبه، وإن لم يكن له على السبع يد لم يملك الصيد بعقره حتى يأخذه لأن اختيار السبع أقوى من إغرائه.

والثاني: أن يصير الصيد بما وصل من فعله عاجزاً عما كان عليه من امتناعه سواء كان ما وصل إليه قد عقره كالحديد أو لم يعقره كالحجر، وإذا كان كذلك لم يخل حاله بعد وصول الآلة إليه من ثلاثة أحوال:

أحدها: أن يعقر بها في موضع فلا يقدر على عدو ولا طيران، فهذا إثبات قد صار به مالكاً لصيد، فإن عادت قوة الصيد فامتنع بها بعد إثباته نظر، فإن كانت بعد أخذه، وهو باق على ملكه، وإن كانت قبل أخذه فعلى ضربين:

أحدهما: أن يكون زمان عودها قريباً لا تنشأ في مثله قوة مستفادة فقد عاد إلى الإباحة، ولم يستقر ملكه عليه، وعلم أن وقوفه لاستراحة.

والثاني: أن يطول زمانه حتى تنشأ في مثله قوة مستفادة، فيكون باقياً على ملكه ولا يعود إلى الإباحة كما لو قصّ جناح طائر قد صاده، فثبت جناحه، وطار لم يزل عن ملكه.

والثانية: أن يفوت الصيد بعد وصول الآلة إليه على امتناع في عدوه وطيرانه، فلا

يصير مالكاً له بجراحته، وسواء كانت الجراحة مما يسلم من مثلها أو لا يسلم، وسواء طال زمان امتناعه أو قصر زمان رماه آخر، فأثبته كان ملكاً للثاني دون الأول، وهي مسألة الكتاب؛ لأن إثباته من فعل الثاني دون الأول، ولو لم يرمه آخر حتى ثبت بجراحة الأول صار حينئذٍ ملكاً للأول، لأنه قد صار مثبتاً له، فإن ثبت بالعطش بعد الجراحة نظر، فإن كان عطشه لعدم الماء لم يملكه الجارح، وإن كان عطشه لعجزه عن وصوله إلى الماء ملكه الجارح؛ لأن الجراح مؤثرة في العجز دون الماء.

والثالثة: أن يقصر عن امتناعه من غير وقوف بمكانه، فيعدو دون عدوه ويطير دون طيرانه، فهذا على ضربين:

أحدهما: أن يكون بما بقي فيه من العدو والطيران يمتنع به عن أن تناله الأيدي فلا يملكه الجارح، ويكون باقياً على حكم امتناعه؛ لأنه لو لم يكن فيه من القوة إلا هذا القدر لكان بها ممتنعاً.

والثاني: أن لا يمتنع بما بقي له من العدو والطيران عن الأيدي، وتناله يد من أراده، فيصير بهذه الحالة مثبتاً يملكه جارح ويكون أحق به من آخذه؛ لأنه قد صار بها غير ممتنع، فلو رمى صيداً فأصابه ثم مرق السهم منه، فأصاب صيداً ثانياً ومرق من الثاني، فأصاب ثالثاً ملك منها ما أثبته دون ما لم يثبته، سواء كان أولاً أو آخراً، فإن أثبت جميعها ملكها، وإن لم يثبت شيئاً منها لم يملكها، والله أعلم.

مسألة[1]:

قَالَ الشَّافِعِيُّ رَحِمَهُ اللَّهُ تَعَالَى: «وَلَوْ رَمَاهُ الأَوَّلُ بِهَذِهِ الحَالِ فَقَتَلَهُ ضَمِنَ قِيمَتَهُ لِلثَّانِي لأَنَّهُ صَارَ لَهُ دُونَهُ. قَالَ المُزَنِيُّ[2] رَحِمَهُ اللَّهُ: يَنْبَغِي أَنْ يَكُونَ قِيمَتُهُ مَجْرُوحاً الجُرْحَيْنِ الأَوَّلَيْنِ فِي قِيَاسِ قَوْلِهِ».

قال في الحاوي: وصورتها في رجل رمى صيداً فجرح، ولم يثبته، ورمى آخر فجرحه وأثبته، وعاد الأول فجرحه، ومات، فقد صار ملكاً للثاني بإثباته، وعلى الأول ضمانه للثاني بجراحته الثانية، تعليلاً بما قدمناه من الأصول المغررة، وإذا صار في ضمان الأول لم يخل حال جراحته الثانية من ثلاثة أوجه:

أحدها: أن تكون موحية في الحلق واللبة، فعليها أرشها، وما بين قيمته حياً مجروحاً، وما بين قيمته مذبوحاً.

والثاني: أن تكون جراحته موحية في غير الحلق واللبة، فعليه جميع قيمته مجروحاً جرحين؛ لأنه أفسد لحمه.

والثالث: أن تكون جراحة غير موجية، فهل يضمن جميع قيمته، أو يضمن قسط

---

(١) انظر الأم (٢/١٩٨).
(٢) انظر الأم (٥/٢٠٧).

منها؟ على ما ذكرنا من الوجوه الأربعة، فإن ضمناه جميع قيمته صار كالتوجية يضمن قيمته حياف مجروحاً جرحين، فإن ضمناه قسطه منها كانت الجراحة الأولى هدراً، لأنها في حال الامتناع والإباحة، وهل يعتبر في فوات النفس أو لا؟ على وجهين:

أحدهما: أنها غير معتبرة فيه ويعتبر فوات النفس بالجراحة الثانية والثالثة بخروج الأولى عن ضمانة في ملك، فيجب عليه نصف القيمة.

والثاني: هو أصح، أنها معتبرة في فوات النفس بسرايتها إلى النفس مع غيرها، وإن خالفت حكم غيرها، فعلى هذا، هل تنفرد بحكمها في سقوط الضمان أو تكون مشاركة للثانية؟ لأنها من واحد على وجهين:

أحدهما: أنها تنفرد بحكمها عن الثالثة، وإن كانتا من جارح واحد اعتباراً بالجراح دون الجارح فيصير موت الصيد من ثلاثة جراحات، اختصت الثالثة منها بالضمان فأحيت ضمان ثلث القيمة.

والثاني: وهو أظهر أنها تكون مشاركة للجراحة الثالثة، لأنها من كل واحد اعتباراً بالجارح دون الجراح، فعلى هذا يصير موت الصيد من جارحين **أحدهما**: غير ضامن، وهو الثاني الذي أثبت الصيد بجراحته، وصار في ملكه، ومن الجارح الثاني الذي جرحه في الأول، ولم يثبته الجراحة الثانية بعدما أثبته الجارح الثاني: وجرحه في ملكه، ونصف فعله غير مضمون؛ لأن الجراحة الأولى كانت في حال الإباحة والامتناع، ونصف فعله مضمون، وهو جراحة الثانية للصيد بعدما صار الصيد ممتنعاً بجراحة الجارح الثاني، وصار في ملكه وروح الصيد قد خرجت بثلاث جراحات بجراحة من مالك الصيد بإثباته، وبملكه، وبجراحته من الجارح الآخر أحد جراحته غير مضمون، وهو الجراحة الأولى، وجراحة الثانية مضمونة، وهي الجراحة التي وصلت بعدما ملك الصيد الجارح الثاني بإثباته، والجارح الذي ملك الصيد لا يضمن جراحته، وسقط نصف قيمة الصيد، لأنه أحد الجارحين، فأما الجارح **الآخر** فقد جرح جراحتين، **إحداهما**: غير مضمونة، وهي الجراحة الأولى فسقط عنه ربع القيمة، ويضمن الجراحة الثانية التي يعد جراحة المالك بإثباته الصيد بجراحته، فيضمن بالجراحة الثانية الجارح الأول ربع قيمته، فصار هذا الصيد مضموناً بربع قيمته، على ما بيناه.

ومثاله: رجلان جرحا مرتداً، فأسلم، ثم جرحه **أحدهما** بعد إسلامه، فمات من سراية الجراحات كلها ضمن ربع دية؛ لأنه مات من جارحين:

أحدهما: جرحه هدر، فلم يضمن الآخر نصفه هدر، ونصفه مضمون، فضمن ربع الدية، فيصير فيما يضمنه الأول بجراحته الثانية أربعة أوجه:

أحدها: جميع القيمة.

والثاني: نصفها.

والثالث: ثلثها.

والرابع: ربعها.

ويجري العمل في ضمان كل مقدار منهما على ما قدمناه في الوجوه الخمسة.

مسألة[١]:

قَالَ الشَّافِعِيُّ رَحِمَهُ اللَّهُ تَعَالَى: «وَلَوْ رَمَيَاهُ حَياً فَقَتَلاهُ كَانَ بَيْنَهُمَا نِصْفَيْنِ».

قال في الحاوي: وهذه المسألة قد دخلت في أقسام ما قدمناه، فإذا رمياه معاً فأصاباه في حالة واحدة لم يتقدم أحدهما على الآخر، فمات من إصابتهما كان ملكاً لهما بالسوية، سواء تساوت الجراحتان أو تفاضلنا ما لم يكن أحدهما موجياً، فإن وجاه أحدهما، فعلى ما قدمناه من الوجهين، فلو كان الصيد مما يمتنع بجناحه، ويمتنع برجله كالرواح والفتح، فكسر أحدهما جناحه وكسر الآخر رجله ففيه وجهان:

أحدهما: يكون بينهما لتأثير كل واحد منهما في إثباته.

والوجه الثاني: أنه يكون لكاسر جناحه دون كاسر رجله؛ لأن امتناعه بجناحه أقوى، وقد يمتنع، وإن كان مكسور الرجل، فعلى هذا لو تقدم أحدهما على الآخر، ففيه ثلاثة أوجه:

أحدها: أنه يكون لكاسر الجناح أولاً كان أو آخراً؛ لأن إثباته بكسره أقوى.

والوجه الثاني: أنه يكون بينهما لإثباته بهما.

والوجه الثالث: أنه يكون للثاني منهما؛ لأن به كمال إثباته.

فصل:

وإذا تنازع رامياً الصيد، فادعى أحدهما اجتماعهما على إصابته، ليكون بينهما، وادعى الآخر تقدمه بالإصابة ليكون له وحده لم يدخل الصيد من ثلاثة أحوال.

أحدها: أن يكون في أيديهما، فيكون القول قول مدعي الاجتماع في الإصابة مع يمينه؛ لأنه يدعي تساويهما في الملك مع تساويهما في اليد.

والحال الثانية: أن يكون في يد أحدهما فالقول فيه قول صاحب اليد مع يمينه سواء كان مدعي الاجتماع أو مدعي التقدم.

والحال الثالثة: أن يكون خارجاً عن أيديهما، فالظاهر تساويهما فيه، فهل يحكم فيه بالظاهر، أو يحكم بموجب الدعوى، فيه وجهان:

أحدهما: يحكم بالظاهر، فعلى هذا يكون القول فيه قول مدعي الاجتماع دون مدعي التقدم؛ لأنه معترف بالتساوي والاشتراك، فتكون اليمين عليه وحده ويكون الصيد بينهما نصفين:

---

(١) انظر الأم (٢/ ١٩٩).

والوجه الثاني: أن يحكم بموجب الدعوى فعلى هذا يكون لمدعي التقدم النصف بغير يمين؛ لأن مدعي الاجتماع يعترف به له وهما متنازعان في النصف الباقي وقد تساويا فيه، فوجب أن يتحالفا عليه، فإن حلف أحدهما، ونكل الآخر جعلناه للحالف، وإن حلفا معاً جعلناه بينهما، فيصير لمدعي التقدم ثلاثة أرباعه، ولمدعي الاجتماع ربعه، والله أعلم.

مسألة(١):

قَالَ الشَّافِعِيُّ رَحِمَهُ اللَّهُ تَعَالَى: «وَلَوْ رَمَاهُ الأَوَّلُ وَرَمَاهُ الثَّانِي وَلَمْ يَدْرِ أَبَلَغَ بِهِ الأَوَّلُ أَنْ يَكُونَ مُمْتَنِعاً أَوْ غَيْرَ مُمْتَنِعٍ جَعَلْنَاهُ بَيْنَهُمَا نِصْفَيْنِ».

قال في الحاوي: وصورتها صيد رماه اثنان، فأصاباه، ووجد ميتاً بعد إصابتهما فهذا على ضربين:

أحدهما: أن يعلم حال الراميين، ويعلم صفة الرميتين، والعلم بحال الراميين أن يعلم هل اجتمعا عليه، أو افترقا، ويعلم إذا افترقا أيهما كان أولاً وآخراً.

والعلم بصفة الرميتين، أن يعلم هل كان إثباته بالأولى أو بالثانية، أو بهما وهذا الضرب قد ذكرنا حكمه، فلم يحتج إلى إعادته.

والثاني: أن يشكل حال الراميين، ويشكل صفة الرميتين، فهذا على ضربين:

أحدهما: أن يكون الإشكال في الراميين، هل أصاباه معاً أو تقدم أحدهما على الآخر، فيجري عليه في الملك حكم الاجتماع، ويكون بينهما نصفين؛ لتساويهما فيه، وهل يجري عليه في الذكاة والإباحة حكم الاجتماع أم لا؟ على وجهين:

أحدهما: يجري عليه حكم الاجتماع، فيكون ذكياً مباحاً إلحاقاً بحكم الملك.

والثاني: أنه يجري عليه في الذكاة والإباحة حكم الافتراق، فيحرم أكله، وإن جرى عليه في الملك حكم الاجتماع؛ لأن الأصل في أكله الحظر، فلو نبحه إلا بيقين، وقد يجوز أن يتقدم أحدهما على الآخر، فيحرم، ويجوز أن يجتمعا عليه فيحل فوجب أن يغلب فيه حكم التحريم.

والثاني: أن يعلم التقدم، ويقع الإشكال في المتقدم، فهذا على ثلاثة أضرب:

أحدها: أن يعلم صفة الرمي، ويشكل المتقدم بالرمي.

والثاني: أن يعلم المتقدم بالرمي، وتشكل صفة الرمي.

والثالث: أن يشكل المتقدم بالرمي، وتشكل صفة الرمي.

فأما الضرب الأول، وهو أن يعلم صفة الرمي، ويشكل المتقدم بالرمي، فهذا الإشكال في الملك دون الإباحة، فإن كان صفة الرمي لا تبيح الأكل، فالإشكال في

---

(١) انظر الأم (٢/١٩٩).

المالك غير مؤثر؛ لأنه لم يستقر على الصيد ملك، فإن كان صفة الرمي تبيح الأكل صار الإشكال في الملك مؤثراً، فإن لم يتنازعا فيه جعل بينهما نصفين لاستوائهما، وليس يمتنع إذا كان الأصل يوجب أن يكون لأحدهما أن يجعل مع الإشكال بينهما كالوالدين، يكون أحدهما مسلماً، والآخر كافراً إذا اختلفا في ميراث أبيهما، فادعاه المسلم لإسلام أبيه، وادعاه الكافر لكفر أبيه، وكان الأب مجهول الدين يجعل الميراث بينهما، وإن أحاط العلم باستحالة الشركة وإنه لا يكون إلا لأحدهما، لكن لما أشكل مستحقه، وقد استويا فيه جعل بينهما كذلك الصيد، وإن أوجب افتراقهما في رميه أن يكون لأحدهما لا يمتنع مع الإشكال أن يجعل بينهما، فإن تنازعا فيه تحالفا عليه، فإن حلفا أو نكلا كان بينهما، وإن حلف أحدهما كان للحالف منهما.

فصل:

وأما الضرب الثاني، وهو أن يعلم المتقدم بالرمي وتشكل صفة الرمي، فهي مسألة الكتاب.

وصورتها: أن يعرف الأول والثاني، ويشكل هل أثبته الأول أو الثاني، فيرجع فيه إلى الاستدلال بالظاهر فأول الاستدلال بالظاهر أن يعتبر حال وقوفه، فإن وقف عند رمية الأول، فالظاهر أن الأول أثبته دون الثاني.

وإن وقف عن رمية الثاني، فالظاهر أن الثاني أثبته دون الأول، وإن لم يكن في اعتبار الوقوف بيان اعتبر بعده صفة الرمي، فإن كانت الأولى في مقتل، والثانية في غير مقتل، فالظاهر أن الأول أثبته دون الثاني، وإن كانت الأولى في غير مقتل، والثانية في مقتل، فالظاهر أن الثاني أثبته دون الأول، وإن كانت الأولى في مقتل، والثانية في مقتل، فالظاهر أن الأول أثبته دون الثاني، وإن كانت الأولى في غير مقتل، والثانية في غير مقتل، فهي حالة إشكال لترددها بين إثبات الأول والثاني، وهما في الجواز على سواء، وقد انتفى الإشكال عما تقدمه في الحكم بالظاهر فإن أضيف إلى إثبات الأول كان هو المالك، وصار الثاني جارحاً تعتبر صفة جراحته في الأكل، والغرم، وإن أضيف إلى إثبات الثاني كان هو المالك، وتكون جراحته ذكاة سواء كانت في محل الذكاة أو غيرها، وكانت جراحة الأول هدراً، لتقدمها على ملك الثاني وإن لم تضف إلى إثبات أحدهما، لبقاء الإشكال تعلق بإشكاله حكمان:

أحدهما: في الملك.

والثاني: في إباحة الأكل.

فأما الملك فقد نص الشافعي ها هنا أنه يكون بينهما نصفين، فاختلف أصحابنا فيه على وجهين:

أحدهما: أن يكون بينهما اعتباراً بالظاهر من نصه، وتعليلاً بتكافئهما فيه بالاحتمال.

والثاني: وهو أظهر أن يكون للثاني منهما؛ لأننا على يقين من إثباته في رمية الثاني، وفي شك من إثباته برمية الأول، توجب أن يكون ملحقاً باليقين دون الشك ولمن قال بهذا عن نص الشافعي جوابان:

أحدهما: أنه محمول على الإشكال في الراميين في التقدم، فيكون بينهما نصفين، فأما مع معرفة المتقدم منهما، فيكون للثاني، ولا يشتركان فيه تعليلاً بما قدمناه.

والثاني: أنه محمول على الشك في التقدم والاجتماع، فيكون بينهما لجواز اجتماعهما وكلام الشافعي يدفع هذا الجواب، والأول أشبه.

وأما إباحته الأكل، فلم يصرح فيه الشافعي ها هنا بشيء، وإن كان فحوى كلامه من جعله بينهما دليلاً على إباحته، فاختلف أصحابنا فيه أربعة أوجه:

أحدها: وهو قول أبي إسحاق المروزي: أنه مباح الأكل؛ لأنه على أصل الامتناع، فصار على أصل الإباحة، وهذا تعليل في جعله ملكاً للثاني، ولم يشتركا فيه.

والثاني: وهو قول أبي علي بن أبي هريرة: أنه محرم الأكل؛ لأنه يجوز أن يثبته الأول فيحرم برمي الثاني، ويجوز أن يثبته الثاني فيحل، فصار متردداً بين حظر وإباحة، فغلب حكم الحظر على الإباحة.

والثالث: أن يقارب بين رمية الأول، ورمية الثاني حلّ أكله، وإن تطاول ما بينهما حرم، لأن الذكاة لا تدرك في قريب الزمان، وتدرك في طويله.

والرابع: إن كانت الرمية الأولى لا يثبت الصيد بمثلها في الغالب حلّ أكله اعتباراً بالغالب في امتناعه وإثباته.

فصل:

وأما الضرب الثالث: فهو أن يشكل المتقدم من الراميين، فلا يعلم أيهما الأول وتشكل صفة الرميتين، فلا يعلم بأيهما ثبت فيجري عليه في الملك حكم الضرب الأول، فيكون بينهما نصفين وجهاً واحداً، ويجري عليه في الأكل حكم الضرب الثاني، فيكون في إباحة أكله أربعة أوجه.

فإن تنازعا في الملك بالتقدم تحالفا، وإن تنازعا في الإباحة لم يتحالفا؛ لأن اليد تدل على الملك، فتحالفا بها، ولا تدل على الذكاة، فلم يتحالفا فيها، ويحرم أكله على من ادعى تحريمه، ويحل لمن ادعى تحليله.

فإن جعل لمن ادعى تحريمه لم تؤثر فيه دعوى الإباحة، وكان حراماً عليه، وإن جعل لمن ادعى تحليله لم يؤثر فيه دعوى التحريم، وكان حلالاً كله، وإن جعل بينهما كان لمدعي التحليل أن يعاوض على حق منه إلا للمكذب له، ولم يجز لمدعي التحريم أن يعاوض على حقه منه لمصدق ولا لمكذب.

مسألة[1]:

قَالَ الشَّافِعِيُّ رَحِمَهُ اللَّهُ تَعَالَى: «وَلَوْ رَمَى طَائِراً فَجَرَحَهُ ثُمَّ سَقَطَ إِلَى الأَرْضِ فَأَصَبْنَاهُ مَيِّتاً لَمْ نَدْرِ أَمَاتَ فِي الهَوَاءِ أَمْ بَعْدَمَا صَارَ إِلَى الأَرْضِ أُكِلَ لأَنَّهُ لَا يُوصَلُ إِلَى أَنْ يَكُونَ مَأْخُوذاً إِلَّا بِالوُقُوعِ وَلَوْ حَرُمَ هَذَا حَرُمَ كُلُّ طَائِرٍ رُمِيَ فَوَقَعَ فَمَاتَ وَلَكِنَّهُ لَوْ وَقَعَ عَلَى جَبَلٍ فَتَرَدَّى عَنْهُ كَانَ مُتَرَدِّياً لَا يُؤْكَلُ إِلَّا أَنْ تَكُونَ الرَّمْيَةُ قَدْ قَطَعَتْ رَأْسَهُ أَوْ ذَبَحْتُهُ أَوْ قَطَعَتْهُ بِاثْنَتَيْنِ فَيُعْلَمُ أَنَّهُ لَمْ يَتَرَدَّ إِلَّا مُذَكًّى».

قال في الحاوي: أما الماشي من الصيد أياً رماه، فسقط على جنبه، فمات أكل ولا يحرم بالسقوط على الأرض إذا عادته أنه لا يثبت بعد موته إلا ساقطاً، وأما الطائر من الصيد إذا رماه، فسقط على الأرض ومات، فإن كانت الرمية قد وحته في الهوار لوقوعها في مقتل حلّ أكله باتفاق وإن لم توحه لوقوعها في غير مقتلع فمذهب الشافعي وأبي حنيفة أنه مأكول وقال مالك: هو غير مأكول إلا أن يعلم موته في الهواء؛ لأن سقوطه على الأرض قاتل، فصار موته بمبيح وحاظر، فوجب أن يحرم كالمتردية، ودليلنا عليه شيئان:

أحدهما: أنه لما لم يوصل إليه إلا بالوقوع على الأرض لم يمنع وقوعه عليها إباحة الأكل، وإن كان مؤثراً في فوات النفس كسقوط الماشي على الأرض.

والثاني: أن ما يشق الاحتراز منه في الصيد كان عفواً، كالذكاة في محلها وفيه انفصال.

فصل:

فأما إن سقط الطائر بعد رميه إلى الماء، فإن كانت الرمية موجية حل أكله، وإن كانت غير موجية، فله حالتان:

أحدهما: أن يكون من طير البر، فلا يحل أكله إذا مات بعد سقوطه في الماء؛ لرواية عامر الشعبي عن عدي بن حاتم عن النبي ﷺ أنه قال وسأله: «إذا رميت سهمك فاذكر اسم الله، فإن وجدته قد قتله، فكله، إلا أن تجده قد وقع في ماء فمات، فإنك لا تدري الماء قتله؟ أو سهمك[2]؟ ولأن الماء بعد الجرح أبلغ في فوات نفسه من الجرح مع إمكان الوصول إليه في الأغلب من غير وقوع في الماء.

والثاني: أن يكون من طير الماء، ففي إباحة أكله إذا مات بعد سقوطه في الماء وجهان:

أحدهما: لا يحل أكله تعليلاً بما ذكرناه.

والثاني: يحل أكله؛ لأنه لا يكاد في الغالب يفارق الماء، فصار سقوطه فيه، كسقوط غيره في الأرض.

---

(١) انظر الأم (٢/١٩٩).

(٢) تقدم تخريجه.

فأما إن سقط الصيد في النار فمات فيها لم يؤكل سواء كان الصيد طائراً أو ماشياً؛ لأن النار قاتلة، ويستغني الصيد عن وقوعه فيها، إلا أن يعلم موته قبل وقوعه فيها فيحل.

فصل:

وإذا سقط الطائر بعد رميه على حائط أو شجرة أو جبل ثم تردى منه إلى الأرض، فسقط إليها، فمات أو كان الصيد ماشياً فرماه على الجبل، فتردى منه إلى الأرض، فمات، فله حالتان:

أحدهما: أن يحصل موته قبل ترديه من الجبل والحائط الشجرة فيحل أكله؛ لأنه لا تأثير لترديه عن موته.

والثانية: أن لا يعلم موته قبل ترديه، فأكله حرام؛ لأنه قد صار من جملة المتردية التي حرمها الله تعالى في كتابه بقوله: ﴿وَٱلْمُنْخَنِقَةُ وَٱلْمَوْقُوذَةُ وَٱلْمُتَرَدِّيَةُ﴾ [المائدة: ٣] ولأن ترديه نادر، فحرم به كسقوطه في الماء.

ولو رمى طائراً، فخر إلى الأرض، واستقبله رجل بسيفه، فقطعه باثنتين حرم أكله إلا أن يكون الجرح قد وجأه في الهوى، فلا يحرم؛ لأن قطعه بالسيف قبل التوجية ليس بذكاة، فصار مستهلكاً له، فحرم به، وضمنه لمالكه.

مسألة(١):

قَالَ الشَّافِعِيُّ رَحِمَهُ اللَّهُ تَعَالَى: «وَلَا يُؤْكَلُ مَا قَتَلَهُ الرَّمْيُ إِلَّا ما خُرِقَ بِدِقَّتِهِ أَوْ قُطِعَ بِحَدِّهِ فَأَمَّا مَا جُرِحَ بِثِقْلِهِ فَهُوَ وَقِيذَةٌ».

قال في الحاوي: أما الذكاة في اللغة، ففيها ثلاثة أوجه:

أحدها: أنها التطيب من قولهم: مسك ذكي إذا كان طيب الرائحة، ولكنها في الشرع تطيب الذبيحة بالإباحة.

والثاني: أنها القطع لكنها في الشرع قطع على صفة مبيحة، فصارت في الشرع قطعاً خاصاً، وفي اللغة قطعاً عاماً.

والثالث: وإليه أشار الشافعي، أن الذكاة القتل؛ لأنها لا تستعمل إلا في النفوس، لكنها في الشرع قتل في محل مخصوص، فصارت أخص منها في اللغة.

قال الشافعي: وجميع ما قال الله تعالى: ﴿إِلَّا مَا ذَكَّيْتُمْ﴾ [المائدة: ٣] إلا ما قتلتم، ولكن كان مجوزاً أن يكون ببعض القتل دون بعض، فلما قال: ﴿إِنَّ ٱللَّهَ يَأْمُرُكُمْ أَن تَذْبَحُوا۟ بَقَرَةً﴾ [البقرة: ٦٧] دل على أن الذكاة المأمور بها الذبح دون غيره، وكان النحر في معنى الذبح.

---

(١) انظر الأم (٢/١٩٩).

فإذا تقرر هذا، فالذكاة على ضربين في مقدور عليه، وممتنع.

فإذا كانت في مقدور عليه لم تكن إلا ذبحاً في الحلق أو نحراً في اللبة بما يقطع بعده دون ما يخرق بدقه، وسواء كان بحديد أو بغيره من المحدد إذا مار في اللحم مور الحديد من ليط القصب، وما حدد من الزجاج، والحجر، والخشب؛ لأن المقصود منها ما قطع بحد؛ لقول النبي ﷺ: «ما أنهر الدم وفرى الأوداج فكل»(١).

وروي أن عدي بن حاتم سأل رسول الله ﷺ: إنا نجد الصيد ولا نجد ما نذكي به إلا الظرار وشقة العصا، فقال رسول الله ﷺ: «أمرر الدم بما شئت»(٢).

قال أبو عبيد: الظرار حجارة محددة.

وقوله: «أمرر الدم بما شئت» أي سِلْهُ بما شئت.

فأما ما قطع من ذلك بشدة اعتماد المذكي، وقوة ثقله، فلا يؤكل ومثله الحديد لو كان لا يقطع بحده، ويقطع بشدة الاعتماد، وقوة الذابح لم يؤكل لأنه يصير المنهر للدم هو الذابح دون الآلة.

وأما الممتنع فكل موضع من جسده محل لذكاته مما قطع بحده كالسيف والسكين أو خرق، وثقب بدقته كالسهم والحربة، فمار في اللحم، ودخل، سواء كان حديداً أو ما قام مقامه من القصب، والخشب، والمحدد، والحجارة المحددة. فأما ما قطع بثقله أو بقوة الرامي كالخشب الأصم، والحجر الصلد، فإنه وقيذ لا يؤكل لقول الله تعالى: ﴿وَالْمَوْقُوذَةُ وَالْمُتَرَدِّيَةُ﴾ [المائدة: ٣] والموقوذة: هي المقتولة ضرباً، والمتردية: هي الواقعة من شاهق.

وروى عامر الشعبي عن عدي بن حاتم، قال: سألت رسول الله ﷺ عن صيد المعراض، فقال: «ما أصاب بحده فكل، وما أصاب بعرضه، فهو وقيذ»(٣).

وروي عن النبي ﷺ أنه نهى عن «الجلاهق» وهو قوس البندق؛ لأنه يقتل الصيد بقوة راميه، وليس يقتله بحده كالسهام، فأباح السهم، ونهى عن البندق. فإن قيل: فقد روى الأعمش عن إبراهيم، عن عدي بن حاتم أنه قال: سألت رسول الله ﷺ عن البندق، فقال: «إن خرقت فكل، وإن لم تخرق فلا تأكل»(٤) قيل: هذا الحديث ليس بثابت، ولا أصل له، فإن سفيان قال: سألت الأعمش عن حديث البندق يعني هذا الحديث المروي عنه أنه ليس من حديثك، فقال: كيف أصنع بهؤلاء أصحاب الحديث يقرؤون من أصل ما ليس فيه.

---

(١) تقدم تخريجه.

(٢) أخرجه أحمد (٤/ ٢٥٦، ٢٥٨)، وأبو داود (٢٨٢٤)، والنسائي (٤٣٠٤)، وابن ماجه (٣١٧٧)، والحاكم (٤/ ٢٤٠).

(٣) تقدم تخريجه. (٤) تقدم تخريجه.

فصل:

فإذا ثبت أن ما لم يقطع بحده، ولم يخرق بدقته، وقطع بثقله أو بقوة الاعتماد عليه غير مأكول، فإن فاتت ذكاته في الحلق واللبة كان ميتة محرمة، وإن أدركت حياته، فذبح في حلقه أو نجز في لبته نظر فيما أدركه من حياته، فإن كانت ضعيفة لا لبث لها كجرحة المذبوح لم يحل أكله بالذبح، وكان ميتة، وإن كانت حياته قوية يلبث معها، وإن لم يطل زمان لبثها صحت ذكاته، وحل أكله لقول الله تعالى: ﴿وَٱلْمَوْقُوذَةُ وَٱلْمُتَرَدِّيَةُ وَٱلنَّطِيحَةُ وَمَآ أَكَلَ ٱلسَّبُعُ إِلَّا مَا ذَكَّيْتُمْ﴾ [المائدة: ٣] فأباح ما أدركت ذكاته بعد تقدم المحظورات.

مسألة(١):

قَالَ الشَّافِعِيُّ رَحِمَهُ اللَّهُ تَعَالَى: «وَمَا نَالَتْهُ الجَوَارِحُ فَقَتَلَتْهُ وَلَمْ تُدْمِهِ احْتَمَلَ مَعْنَيَيْنِ: أَحَدَهُمَا أَنْ يُؤْكَلَ حَتَّى يُجْرَحَ قَالَ اللَّهُ تَعَالَى: ﴿مِّنَ ٱلْجَوَارِحِ﴾ [المائدة: ٤] والآخر أَنَّهُ حِلٌّ. قَالَ المُزَنِيُّ: الأَوَّلُ أَوْلاهُمَا بِهِ قِيَاساً عَلَى رَامِي الصَّيْدِ أَوْ ضَارِبِهِ لَا يُؤْكَلُ إِلَّا أَنْ يَجْرَحَهُ».

قال في الحاوي: وصورتها في رجل أرسل كلبه أو غيره من الجوارح على صيد، فمات الصيد بإرساله عليه، فلا يخلو حال موته من ثلاثة أحوال:

إحداها: أن يتعبه الكلب بالسعي عليه حتى يسقط الصيد ميتاً بالإعياء من غير أن يجرحه الكلب، فهذا ميتة لا يؤكل، لأنه لم يصل إليه، فهل يكون تذكية.

والثانية: أن يناله الكلب، فيعقره، فيموت من عقره وجراحته، فيحل أكله سواء جرحه بأنيابه أو بمخالبه في مقتل أو غير مقتل من رأس أو ذنب؛ لقول الله تعالى: ﴿فَكُلُواْ مِمَّآ أَمْسَكْنَ عَلَيْكُمْ﴾ [المائدة: ٤].

فاختلف أصحابنا في موضع عقر الكلب، هل يحلّ أكله أو لا؟ على وجهين:

أحدهما: لا يحل أكله سواء كان قد غسله أو لم يغسله، ويأكل ما عداه من جسده؛ لأن لعاب الكلب ونجاسة أنيابه تسري في محله فلا يصل إليه الغسل.

والثاني: أنه يحل أكله، لأنه من جملة حكم بإباحتها من غير استثناء، فعلى هذا يجب غسله قبل أكله أم لا؟ على وجهين:

أحدهما: يجب غسله قياساً على محل ولوغه، ولا يحل أكله قبل الغسل.

والثاني: لا يجب غسله؛ للحوق المشقة فيه، فصار عضواً كسائر ما يشق التحرز منه من جميع الأنجاس.

والثالثة: أن يكون موت الصيد بصدمة الكلب أو بضغطته أو بقوة إمساكه من غير أن يعقره بجرح من ناب أو مخلب، ففي إباحة أكله قولان:

---

(١) انظر الأم (٢/١٩٩).

أحدهما: وهو اختيار المزني، ورواه أبو يوسف، ومحمد، وزفر عن أبي حنيفة أنه حرام لا يؤكل.

والثاني: ورواه الحسن بن زياد اللؤلؤي عن أبي حنيفة أنه حلال يؤكل. فدليل القول الأول في تحريمه قوله تعالى: ﴿وَمَا عَلَّمْتُم مِّنَ الْجَوَارِحِ مُكَلِّبِينَ﴾ [المائدة: ٤] فجعل الجرح نعتاً، فصار في الإباحة شرطاً.

وروى رافع بن خديج أن النبي ﷺ قال: «ما أنهر الدم وذكر اسم الله عليه فكلوا»[١] فدل على أن ما لم ينهر لا يؤكل؛ ولأن قتل الصيد قد أبيح بآلة وبجوارح فلما لم يحل صيد الآلة إلا بعقره وجب أن لا يحل صيد الجوارح إلا بعقره؛ لأنه أحد النوعين، فكان العقر شرطاً في الحالين.

ودليل **القول الثاني** في إباحته قول الله تعالى: ﴿وَمَا عَلَّمْتُم مِّنَ الْجَوَارِحِ مُكَلِّبِينَ﴾ [المائدة: ٤] يريد به الجوارح الكواسب كما قال تعالى: ﴿أَمْ حَسِبَ الَّذِينَ اجْتَرَحُوا السَّيِّئَاتِ﴾ [الجاثية: ٢١] أي اكتسبوا ثم قال: ﴿فَكُلُوا مِمَّا أَمْسَكْنَ عَلَيْكُمْ﴾ [المائدة: ٤] فكان على عمومه في كل إمساك عقر أو لم يعقر، ولأن شروط الذكاة معتبرة بحال القدرة والعجز فتجب مع القدرة في محلها في الحلق واللبة ما يسقط مع العجز، كذلك العقر لا يشق اعتباره في الآلة، فكان شرطاً وشق اعتباره في الجارح فلم يكن عقره شرطاً؛ ولأن ما كان شرطاً في تعليم الجارح، كان شرطاً في الاستباحة، كالإمساك، وما لم يكن شرطاً في التعليم لم يكن شرطاً في الاستباحة، كالأكل، فلما لم يكن العقر شرطاً في تعليمه لم يكن شرطاً في استباحة صيده؛ ولأن عقره من دواعي الأكل المؤثر في الحظر فكان ترك عقره أصح في التعليم، وأبعد من الحظر، فكان أحق بالإباحة من العقر.

مسألة[٢]:

قَالَ الشَّافِعِيُّ رَحِمَهُ اللَّهُ تَعَالَى: «وَلَوْ رَمَى شَخْصاً يَحْسَبُهُ حَجَراً فَأَصَابَ صَيْداً فَلَوْ أَكَلَهُ مَا رَأَيْتُهُ مُحَرَّماً كَمَا لَوْ أَخْطَأَ شَاةً فَذَبَحَهَا لَا يُرِيدُهَا وَكَمَا لَوْ ذَبَحَهَا وَهُوَ يَرَاهَا خَشَبَةً لَيِّنَةً».

قال في الحاوي: وهذا كما قال إذا رأى شخصاً، فظنه حجراً أو شجرة، فرماه بسهم، فبان أنه صيد قتله حلّ أكله، وكذلك لو رمى الشخص، وهو يظنه إنساناً أو حيواناً غير مأكول من كلب أو خنزير، فبان أنه صيد مأكول قتله حلّ أكله في هذه الأحوال كلها، وبه قال أبو حنيفة ومالك: لا يؤكل في هذه الأحوال كلها.

وقال محمد بن الحسن: إن ظنه غير حيوان من شجر أو حجر، فبان صيداً لم يحلّ أكله، وإن ظنّه حيواناً غير مأكول، فبان مأكولاً حلّ أكله، وعلة إباحته عندنا مختلف فيها بين أصحابنا على وجهين:

---

(١) تقدم تخريجه.

(٢) انظر الأم (٢/١٩٩).

أحدهما: أن العلة في إباحته قصده للفعل، فكان ما حدث من فعله المقصود مباحاً، كما لو قصد ذبح شاة فذبحها، وهو يحسبها غيرها، حلّ أكلها كما لو قبض على شيء يحسبه خشبة لينة فقطعها فبان أنه حلق شاة قد ذبحها حلّ أكلها.

والثاني: وهو تعليل أبي إسحاق المروزي أن العلة في إباحته مباشرته للفعل دون القصد؛ لأن ذكاة الصبي والمجنون مباحة، وإن لم يكن لهما قصد، فكان التعليل بالمباشرة أولى من التعليل بالقصد ولا يعتبر بنية الذكاة على التعليلين جميعاً، ألا تراه لو أشار بالسكين إلى حلق شاة ليعبث بها ولا يذبحها فانذبحت بها حلّ أكلها، وإن لم ينوه، وتأثير اختلاف الوجهين في هذا التعليل يتحقق فيمن رمي إلى الهواء، فسقط في علوه على صيد، فقتله، ففي إباحته وجهان:

أحدهما: غير مباح إذا علل بقصد الفعل.

والثاني: مباح إذا علل بمباشرة الفعل، وهكذا لو كانت بيده سكين فسقطت على حلق شاة أو طائر، فذبحته، لم يحل أكله على الوجه الأول لأنه عن فعل غير مقصود وحلّ أكله على الوجه الثاني؛ لأنه عن مباشرة فعله.

فصل:

فأما إذا أرسل كلبه على شخص يحسبه غير صيد فبان صيداً مأكولاً، تميز حينئذٍ حال الشخص في إرسال الكلب، وإن لم يتميز في إرسال السهم، فإن كان الشخص حيواناً ظنه إنسان أسداً أو خنزيراً؛ فأرسل كلبه عليه، فبان صيداً مأكولاً حلّ؛ لأن الكلب يشلي على كل الحيوان فيستشلي، فاستوى في استرساله حال المأكول، وغير المأكول، وإن اختلفا في إباحة الأكل، وإن ظن المرسل أن الشخص شجرة أو حجر، فأرسل عليه كلبه، فبان صيداً، فقتله ففي إباحته وجهان:

أحدهما: مباح كما لو أرسل سهمه عليه.

والثاني: محظور لأمرين هما تعليل، وفرق:

أحدهما: أن إرساله على غير الحيوان عبث، فصار كالمسترسل بنفسه.

والثاني: أن تصرف الكلب باختياره ونفوذ السهم باختيار مرسله.

فأما إذا أرسل سهمه أو كلبه على غير شخص يراه، فصادف صيداً قتله، فقد ذكرنا أنه إن كان بإرسال كلب لم يؤكل، وإن كان بإرسال سهم، ففي إباحة أكله وجهان، وهو عكس مسألتنا في الشخص المرئي؛ لأنه في الشخص يؤكل ما أصابه سهمه، وفي أكل ما أصابه كلبه وجهان، وفي غير الشخص المرئي لا يؤكل ما أصابه كلبه، وفي أكل ما أصابه سهمه وجهان:

مسألة[١]:

قَالَ الشَّافِعِيُّ رَحِمَهُ اللَّهُ تَعَالَى: «وَمَنْ أَحْرَزَ صَيْداً فَأَفْلَتَ مِنْهُ فَصَادَهُ غَيْرُه فَهُوَ كالأَوَّلِ».

قال في الحاوي: وهذا كما قال: إذا ملك صيداً بالاصطياد أو بابتياع، وأفلت منه لم يزد ملكه عنه سواء طال مكثه عنه أو قصر، وسواء بعد عنه في البر أو قرب من المصر، وسواء كان من الطير أو الدواب.

وبه قال أبو حنيفة.

وقال مالك: إن بعد في البر مع قرب المكث زال ملكه عنه؛ استدلالاً بأن الإمساك سبب الملك، فإذا زال بالانفلات زال به الملك، كما لو ملك ماء باستقائه من نهر، فانصب منه في النهر، زال ملكه عنه، ولأنه لو بقي على ملكه بعد انفلاته تحرم صيد البر لجواز اختلاطه بمنفلت فحرم، وفي إجماعهم على إباحة صيده دليل على أن المنفلت عائد في الإباحة إلى أصله.

ودليلنا هو أنه يملك الصيد بالابتياع، كما يملكه بالاصطياد، فلما لم يزل به الملك عما ابتاعه بالانفلات لم يزل به الملك عما صاده؛ ولأنه يملك عبده بالسبي؛ ولا يزول ملكه عنه بالرجوع إلى دار الحرب، كذلك الصيد إذا ملكه الاصطياد لم يزد ملكه عنه بالانفلات؛ ولأنه لو وسم الصيد قبل انفلاته لم يزل ملكه عنه بعد وسمه فوجب أن لا يزول به قبل وسمه؛ لأن الوسم لما لم يؤثر في ثبوت الملك لم يؤثر في زواله.

وأما الجواب عن استدلاله بأن زوال سبب الملك موجب لزوال الملك كالماء إذا عاد إلى النهر فهو بطلانه بالعبد المسبي إذا عاد آبقاً إلى دار الحرب زال سبب ملكه، ولم نوجب زوال ملكه، كذلك الصيد.

فأما الماء فقد اختلف أصحابنا في حكمه إذا عاد إلى النهر على وجهين:

أحدهما: أنه على ملكه، وإنما اختلط بما لم يتميز عنه، فصار مستهلكاً.

والثاني: أن ملكه قد زال بمثله المقدور عليه، فخالف حكم الصيد الذي لا يقدر عليه. وأما الجواب عن استدلاله بأن صيد البر على الإباحة بعد انفلاته، فهو أن اختلاط الحلال بالحرام إذا لم يمكن الاحتراز منه يوجب تغليباً الإباحة على التحريم، ألا ترى أن ماء النهر إذا أريق فيه خمر أو بول لم يحرم لتعذر الاحتراز منه؛ ولو اختلطت أخته بنساء بلد لم يحرم عليه أن يتزوج منهن من شاء، ولو اختلطت بعدد من نساء بلد حرمن كلهن؛ لأنه لا يقدر على الاحتراز منها في نساء البلد ويقدر على الاحتراز منها في العدد المحصور من نساء البلد، كذلك حكم الصيد المنفلت إذا اختلطت بصيد البر لم يكن الاحتراز، فحل، وإذا اختلط بعدد محصور من عدة صيود حرم.

---

(١) انظر الأم (٢/١٩٩).

فصل:

فأما ملك الصيد إذا قتله باختياره فعلى ضربين:

أحدهما: أن يقصد بإرساله التقرب إلى الله تعالى به، وهذا موجب لزوال المالك عنه كالعتق، واختلف أصحابنا، هل يحل صيده بعد امتناعه إذا عرف على وجهين:

أحدهما: وهو قول كثير من البصريين أنه لا يحل صيد كالمعتق، لا يجوز استرقاقه، والوجه الثاني: وهو قول أبي علي بن أبي هريرة: يحلّ صيده؛ لأن زوال الملك يوجب عوده إلى حكم الإباحة؛ وليخرج عن حكم السائبة المحرمة.

والضرب الثاني: أن لا يقصد بإرساله التقرب إلى الله تعالى، فقد اختلف أصحابنا في زوال ملكه عنه بالإرسال على وجهين:

أحدهما: يزول كما يزول لو أرسله متقرباً به.

والثاني: لا يزول ملكه كما لو أرسل بعيره أو فرسه.

فإن قيل: ببقائه على ملكه حرم صيده إذا عرف، وإن قيل بزوال ملكه عنه حلّ صيده، وإن عرف، بخلاف ما تقرب به على أحد الوجهين؛ لأن لله تعالى في القربة حقاً ليس في غيره.

مسألة[1]:

قَالَ الشَّافِعِيُّ رَحِمَهُ اللَّهُ تَعَالَى: «وَكُلُّ مَا أَصَابَه حَلَالٌ فِي غَيْرِ حَرَمٍ مِمَّا يَكُونَ بِمَكَّةَ مِنْ حَمَامِهَا وَغَيْرِهِ فَلَا بَأْسَ إِنَّمَا تَمْنَعُ بحُرَمِهِ بَغَيْرِهِ مِنْ حَرمٍ أَوْ إِحْرَامٍ».

قال في الحاوي: أما الصيد في الحرم، فحرام كتحريمه في الإحرام، سواء كان منشؤه في الحل أو في الحرم، فإن خرج الصيد من الحرم إلى الحل حل صيده، سواء كان منشؤه في الحرم أو في الحل، فيكون تحريم الصيد معتبراً بمكانه في حال صيده لا بمنشئه وبه قال أبو حنيفة وقال مالك: إذا كان منشأ الصيد في الحرم قتله وضمن بالجزاء في الحل والحرم اعتباراً بالمنشأ، واستدلالاً بأن استقرار الحرمة به تمنع من استباحته كما تمنع من استباحة شجر الحرم، وأحجاره بعد إخراجه.

ودليلنا هو أن تحريم الصيد إنما هو لحرمة في غيره من حرم أو إحرام، فلما زالت حرمته بالإحلال من الإحرام وجب زوال حرمته بالخروج من الحرم؛ ولأنه لما حرم صيد الحلّ إذا دخل إلى الحرم اعتباراً بمكانه وجب أن يحلّ صيد الحرم إذا خرج إلى الحلّ اعتباراً بمكانه، وقد اعتبر رسول الله ﷺ ذلك في طائر مع صبي صاده من الحلّ، وأدخله الحرم، فقال له: يا أبا عمير ما فعل النغير»[2] فذل هذا الخبر على أمور.

---

(١) انظر الأم (٢/ ١٩٩).

(٢) أخرجه البخاري (٨/ ٣٧)، والترمذي (١٩٨٩)، وابن ماجه (٢٧٣)، وأحمد (٣/ ١١٥، ١٧٦، ١٩٠)، وأبو عوانة (٢/ ٧٢).

منها: أن ما صيد في الحل جاز إدخاله إلى الحرم اعتباراً بمكانه الذي صيد فيه.

ومنها: جواز لعب الصبيان بذوات الأرواح.

ومنها: جواز المزح مع الصبيان.

ومنها: جواز كنية من لا ولد له يتكنى باسمه.

ومنها: جواز التصغير في الأسماء.

فأما الجواب عن استدلال مالك بحجارة الحرم وأشجاره، فهو أنها من جملة الحرم فلزم ردها إليه، وليس الصيد من الحرم، وإنما هو فيه، فافترقا.

مسألة[1]:

قَالَ الشَّافِعِيُّ رَحِمَهُ اللَّهُ تَعَالَى: «وَلَوْ تَحَوَّلَ مِنْ بُرْجٍ إِلَى بُرْجٍ فَأَخَذَهُ كَانَ عَلَيْهِ رَدُّهُ».

قال في الحاوي: أما إذا ملك طائراً إنسياً فطار من برجه إلى برج غيره كان باقياً على ملكه، ولم يملكه من طار إلى برجه بوفاق مالك، ولو صاد طائراً وحشياً فطار من برجه إلى برج غيره كان عندنا باقياً على ملكه سواء أنس ببرجه أو لم يأنس.

وقال مالك: إن أنس ببرجه لطول المكث كان باقياً على ملكه، وإن لم يأنس بطول المكث صار ملكاً لمن انتقل إلى برجه، فإن عاد إلى برج الأول، عاد إلى ملكه.

ودليلنا على ما قدمناه.

فأما إذا سقط طائر وحشي على برج رجل لم يملكه بسقوطه عليه، سواء ألفه أو لم يألفه حتى يصير تحت قدرته، فلا يقدر على امتناعه منه، وذلك بأن يغلق عليه باباً أو يلقى عليه قفصاً، فيصير ملكاً له كما يملكه إذا وقع في شبكته لقدرته عليه في الحالين، فإن أخرج هذا الطائر في برجه كان حكم فراخه لحكمه إن ملكه ملك فراخه، وإن لم يملكه لم يملك فراخه، وكذلك بيضه، وإن كان أحق بأخذهما من غيره لملك الموضع، فإن أخذه غيره ملكه الآخذ له دونه، وإن تعدى بدخوله إلى ملكه.

مسألة[2]:

قَالَ الشَّافِعِيُّ رَحِمَهُ اللَّهُ تَعَالَى: «وَلَوْ أَصَابَ ظَبْياً مُقَرَّطاً فَهُوَ لِغَيْرِهِ».

قال في الحاوي: وهذا كما قال، إذا كان على الصيد أثر ملك أو يد آدمي من قرط أو ميسم أو خضاب أو قلادة لم يملكه صائده؛ لخروجه عن صفة الخلقة إلى آثار الملك، فخرج به عن حكم الإباحة إلى حكم الحظر، وقد روي أن رسول الله ﷺ مرّ بظبي واقف فيه أثر فهمّ به أصحابه فمنعهم وقال: «حتى يجيء صاحبه»[3]. وإذا لم يملكه لم يخل

---

(١) انظر الأم (٢/١٩٩).
(٢) انظر الأم (٥/٢٠٨).
(٣) تقدم تخريجه.

حاله بعد صيده من ثلاثة أحوال:

أحدها: أن يكون قد صار في يده حياً، فهو في حكم اللقطة من ضوال الحيوان يعرفها ولا يضمها، فإن أرسل الصيد من غير تعريف ضمنه لمالكه.

والحال الثانية: أن يكون ثابتاً في شبكته أو شركه، فلا يلزمه تعريفه؛ لأنه لو يثبت له عليه يد، وإن حل الشبكة عنه، فاسترسل وامتنع لم يضمه؛ لأنه وإن جرى على ما في الشبكة حكم يده من ملك الصيد لم يجز عليها حكم يده من الضمان والتعريف؛ لأنه لم يضعها لهذا الحكم، وإنما وضعها لثبوت الملك.

والحال الثالثة: أن يموت هذا الصيد باصطياده فلا يخلو حال ما مات به من ثلاثة أضرب:

أحدها: أن يموت في شبكة قد وضعها فلا يضمنه؛ لأن وضع الشبكة مباح، فلم يضمن ما تلف بلها.

والثاني: أن يموت بسهم رماه، فيكون ضامناً له؛ لأن تلف بفعله وإن كان مغروراً به؛ لأن الضمان لا يسقط إلا بالأعذار.

والثالث: أن يموت بإرسال الكلب عليه ففي ضمانه وجهان:

أحدهما: يضمنه كما يضمنونه بسهمه.

والثاني: لا يضمنه؛ لأن قتل الكلب منسوب إلى اختياره، وقتل السهم منسوب إلى راميه.

فصل:

وهكذا ما أخذه من أحجار الجبال، وخشب الغياض إذا وجد فيه صنعة آدمي من نقر أو نحت أن تربيع لم يملكه كالصيد، فأما إذا صاد سمكة وجد في جوفها جوهرة، فإن كان فيها أثر صنعة ملك السمكة لا يملك الجوهرة، وإن لم يكن فيها أثر صنعة نظر، فإن صادها من بحر ذلك الجوهر، أو كان فيها غيره فصادها من بحر بالعنبر والعنبر ملكها، ولم يملك الجوهرة والعنبرة، وكذلك لو وجد في جوفها ذهباً فإن كان مطبوعاً لم يملكه، وإن كان غير مطبوع وليس فيه أثر النار فإن كانت في بحر هو من معادن الذهب ملكه، وإن لم تكن من معادنه لم يملكه وكان لقطة.

مسألة[1]:

قَالَ الشَّافِعِيُّ رَحِمَهُ اللَّهُ تَعَالَى: «وَلَوْ شَقَّ السَّبُعُ بَطْنَ شَاةٍ فَوَصَلَ إِلَى مِعَاهَا مَا يُسْتَيْقِنُ أَنَّهَا لَمْ تُذْكَ مَاتَتْ فَذُكِّيَتْ فَلَا بَأْسَ بِأَكْلِهَا لِقَوْلِ اللَّهِ عَزَّ وَجَلَّ: ﴿وَٱلنَّطِيحَةُ وَمَآ أَكَلَ ٱلسَّبُعُ إِلَّا مَا ذَكَّيْتُمْ﴾ [المائدة: ٣] وَالذَّكَاةُ جَائِزَةٌ بِالقُرْآنِ. قَالَ المُزَنِيُّ[2] رَحِمَهُ اللَّهُ:

---

(١) انظر الأم (٢/ ٢٠٠).

(٢) انظر الأم (٥/ ٢٠٩).

وَأَعْرِفُ مِنْ قَوْلِهِ أَنَّهَا لَا تُؤْكَلُ إِذَا بَلَغَ بِهَا مَا لَا بَقَاءَ لِحَيَاتِهَا إِلَّا حَيَاةَ الْمُذَكَّى وَهُوَ قَوْلُ الْمَدَنِيِّينَ وَهُوَ عِنْدِي أَقْيَسُ لأَنِّي وَجَدْتُ الشَّاةَ تَمُوتُ عَنْ ذَكَاةٍ فَتَحِلُّ وَعَنْ عَقْرٍ فَتَحْرُم فَلَمَّا وَجَدْتُ الَّذِي أَوْجَبَ الذَّبْح مَوْتَهَا وَتَحْلِيلَهَا لَا يُبْدِلُهَا أَكْلُ السَّبْعُ لَهُ وَلَا يَرُد بِهَا كَانَ ذَلِكَ فِي القِيَاسِ إِذَا أَوْجَبَ السَّبْعُ مَوْتَهَا وَتَحْرِيمَهَا لَمْ يُبْدِلُهَا الذَّبْحُ لَهَا وَلَا أَعْلَمُ خِلَافاً أَنَّ سَبْعاً لَوْ قَطَعَ مَا يَقْطَعُ الْمُذَكِّي مِنْ أَسْفَلِ حَلْقِهَا أَوْ أَعْلَاهُ ثُمَّ ذُبِحَتْ مِنْ حَيْثُ لَمْ يَقْطَعِ السَّبْعَ مِنْ حَلْقِهَا أَنَّها مَيْتَةٌ وَلَوْ سَبَقَ الذَّابِحُ ثُمَّ قَطَعَ السَّبْعُ حَيْثُ لَمْ يَقْطَعِ الذَّابِحِ مِنْ حَلْقِهَا أَنَّها ذَكِيَّةٌ. وفِي هَذَا عَلَى مَا قُلْتُ دَلِيلٌ وَقَدْ قَالَ الشَّافِعِيُّ: وَلَوْ أَدْرَكَ الصَّيْدَ وَلَمْ يَبْلُغ سِلَاحُهُ أَوْ مُعَلَّمَهُ مَا يَبْلُغُ الذَّابِحُ فَأَمْكَنَهُ أَنْ يَذْبَحَهُ فَلَمْ يَفْعَلْ فَلَا يَأْكُل. قَالَ الْمُزَنِيُّ رَحِمَهُ اللَّهُ: وَفِي هَذَا دَلِيلٌ أَنَّهُ لَوْ بَلَغَ مَا يَبْلُغُ الذَّابِحُ أَكَلَ. قَالَ الْمُزَنِيُّ رَحِمَهُ اللَّهُ: وَدَلِيلٌ آخَرُ مِنْ قَوْلِهِ فِي كِتَابِ الدِّيَاتِ لَوْ قَطَعَ حُلْقُومَ رَجُلٍ وَمَرِيئَهُ أَوْ قَطَعَ حَشْوَتَهُ فَأَبَانَهَا مِنْ جَوْفِهِ أَوْ صَيَّرَهُ فِي حَالِ الْمَذْبُوح ثُمَّ ضَرَبَ آخَرُ عُنُقَهُ فَالأَوَّلُ قَاتِلٌ دُونَ الآخَرِ. قَال الْمُزَنِيُّ رَحِمَهُ اللَّهُ: فَهَذِهِ أَدِلَّةٌ عَلَى مَا وَصَفْتُ مِنْ قَوْلِهِ الَّذِي هُوَ أَصَح فِي القِيَاسِ مِنْ قَوْلِهِ الآخَرِ بِاللَّهِ التَّوْفِيقُ».

قال في الحاوي: وجملته أنه إذا افترس سبع أو ذئب شاة أو بعيراً ثم أقلع وفي الشاة حياة، فذبحت لم تخل حياتها من ثلاثة أحوال:

أحدها: أن يكون جرح الافتراس يجوز أن يبرأ، والحياة التي فيها يجوز أن تبقى، فذبحها على هذه الحال، فإن ذكاته تبيح أكلها، وهو متفق عليه لقول الله تعالى: ﴿وَمَآ أَكَلَ ٱلسَّبُعُ إِلَّا مَا ذَكَّيۡتُمۡ﴾ [المائدة: ٣].

والحال الثانية: أن يكون الجرح لا يجوز أن تبقى كقطع رأسها، أو إخراج حشوتها ولم يبق فيها، إلا حركة المذبوح فلا يؤثر ذبحها، ولا يحل أكلها؛ لخروج أكثر الروح بجرح السبع دون الذبح، وهو متفق عليه.

والحال الثالثة: أن يكون جرح السبع لا يجوز أن يبرأ والحياة معه قليلة البقاء، مثله أن يقطع منها ما لا يحيا معه، كالمعا، لكن الروح فيها باقية، تعيش بها ساعة أو بعض يوم، فيكون ذبحها على هذه الحال ذكاة يحل بها أكلها كالحالة الأولى، وهذا مما لم يختلف فيه قول الشافعي، وإنما أشكل على المزني فجمع بين الحالتين، وتصور أن ذلك على قولين وليس كما توهم، وإنما هو على اختلاف حالين.

وقد روى سليمان بن يسار عن زيد بن ثابت قال: سئل رسول الله ﷺ عن شاة أخذها الذئب فأدركت، وبها حياة، فأمر رسول الله ﷺ بأكلها.

وقد جرح عمر بن الخطاب رضي الله عنه جرحين قطعا معاه، فسقاه الطبيب لبناً خرج منه، فقال له: اعهد، فإنك ميت فعهد ووصى، وأمر ونهى، فأجرى المسلمون عليه حكم الحياة في جميع ما كان من قوله وفعله، فدل على أن ما انتهى إلى حاله من الحيوان كان في حكم الحياة، وإباحة الذكاة فلو وقع الشك في ذبح الشاة هل كان في حال

حظرها أو إباحتها، ففي صحة ذكاتها وجهان:

أحدهما: تكون ذكية تؤكل، لأن الأصل بقاء الحياة فيها إلى وقت الذبح.

والثاني: أنها محرمة لا تؤكل، لأن الأصل في فوات النفس الحظر حتى يعلم يقين الإباحة.

مسألة[١]:

قَالَ الشَّافِعِيُّ رَحِمَهُ اللَّهُ تَعَالَى: «وَكُلُّ مَا كَانَ يَعِيشُ فِي المَاءِ مِنْ حُوتٍ أَوْ غَيْرِهِ فَأَخْذَهُ مَكَانَهُ».

قال في الحاوي: اعلم أن الحيوان يتنوع ثلاثة أنواع، بري، وبحري، وما جمع بين البر والبحر.

فأما البري، فالمأكول منه لا يحل أكله، إلا بالذكاة، سوى الجراد وحده، فإنه يحلّ أكله ميتاً سواء مات بسبب أو غير سبب.

روى ابن عمر أن النبي ﷺ قال: «أحلت لنا ميتتان ودمان، الميتتان: الحوت والجراد والدمان: الكبد والطحال»[٢].

وأما البحري، فيقسم ثلاثة أقسام، مباح ومحظور، ومختلف فيه، وأما المباح، فهو السمك على اختلاف أنواعه، ويختص بحكمين:

أحدهما: أنه مباح الأكل.

والثاني: أنه لا يفتقر إلى الذكاة ويحل أكله ميتاً، لقول النبي ﷺ في البحر: «هو الطهور ماؤه الحل ميتته»[٣].

واختلف أصحابنا في إباحة أكله حياً على وجهين:

أحدهما: لا يحل أكله حياً حتى يموت؛ لورود السنة بإحلال بعد الموت؛ لأن موته ذكاة.

والثاني: يحل أن يؤكل حياً وميتاً؛ لأنه لا يفتقر إلى ذكاة، وليس له حال تحريم فعمت فيه الإباحة، واختلف أصحابنا إذا صاد سمكة، فانقطع بعضها في يده وأفلت باقيها حياً، هل يحلّ أكل ما انقطع منها؛ على وجهين: ذكرهما ابن أبي هريرة:

أحدهما: لا يحلّ لقول النبي ﷺ: «ما أبين من حي فهو ميت»[٤] يعني محرماً؛ لأنه موته قد علم.

والثاني: أنه يحلّ أكله؛ لأن صيد البحر لا يحرم بالموت فاستوى حكم ما أخذ من حي وميت، ولو وجد سمكة في جوف سمكة حلّ أكلهما معاً، ما لم تنفصل الداخلة، فإن

---

(١) انظر الأم (٢/ ٢٠٠).

(٢) تقدم تخريجه في الطهارة.

(٣) تقدم تخريجه في الطهارة.

(٤) تقدم تخريجه قريباً.

انفصلت حتى تقطعت وتغير لون لحمها، ففي إباحة أكلها وجهان:

أحدهما: يحلّ أكلها كما يحلّ لو تقطعت بغير صيدها وتغيرت.

والثاني: يحرم أكلها؛ لأنها قد صارت في حكم الرجيع والفيء، وهكذا أكل ما في بطون السمك من غذائه على هذين الوجهين.

فصل:

وأما الحرام، وهو الضفدع، وحيات الماء، وعقاربه، وجميع ما فيه من ذوات السموم الضارة، وما يفضي إلى موت أو سقم، فلا يحلّ أن يؤكل بحال؛ لما روي عن النبي ﷺ: «أنه نهى عن قتل الضفدع»، وقيل: إنه خرج على سبب، وهو أن طبيباً وصف عند رسول الله ﷺ دواء فيه لحم الضفدع، فنهى عن قتل الضفدع» وقيل: هو سم.

واختلف أصحابنا بعد اتفاقهم على تحريمه هي: ينجس بعد موته على وجهين:

أحدهما: أنه طاهر لا ينجس بالموت؛ لأن حيوان الماء موته وحياته سواء.

والثاني: أنه نجس إذا مات لأنه لما شابه حيوان البر في التحريم شابهه في التنجيس، فعلى هذا هل ينجس به الماء القليل أم لا؟ على وجهين:

أحدهما: يتنجس به كما ينجس بسائر الأنجاس.

والثاني: لا ينجس به للحوق المشقة في التحرز، فصار عضواً كدم البراغيث.

فصل:

وأما المختلف فيه، فهو ما أشبه حيوان البر من دواب الماء من الفأر والكلاب والخنازير، وقيل: إنه ليس في البر حيوان إلا وفي البحر مثله، فاختلف الفقهاء في إباحة أكله على ثلاثة مذاهب:

أحدها: هو الظاهر من مذهب الشافعي أن جميعه حلال مأكول، يستوي فيه ما أشبه مباحات البر ومحرماته من كلابه وخنازيره، وقد قال في كتاب السلم: يؤكل فأر الماء.

وقال الربيع: سئل الشافعي عن خنزير الماء فقال: يؤكل،ولما دخل العراق سئل عن اختلاف أبي حنيفة وابن أبي ليلى في أكل هذا، وهذا حرمه أبو حنيفة، وأحلّه ابن أبي ليلى، فقال: أنا على رأي ابن أبي ليلى، يعني في إباحته. وبه قال من الصحابة أبو بكر وعمر وعثمان وعبد الله بن عباس أبو أيوب الأنصاري وأبو هريرة رضي الله عنهم.

وفي التابعين: الحسن البصري.

وفي الفقهاء: مالك، وابن أبي ليلى، والأوزاعي، والليث بن سعد، وهو قول الجمهور من أصحاب الشافعي، حكى ابن أبي هريرة عن أبي علي ابن خيران أن أكاراً له صاد له كلب ماء، وحمله إليه، فأكله، وكان طعمه موافقاً لطعم الحوت لا يغادر منه شيئاً.

والثاني: وهو قول أبي حنيفة: أن جميعه حرام لا يؤكل، ولا يحل من حيوان البحر إلا السمك خاصة، وبه قال بعض أصحاب الشافعي.

وقال الشافعي في بعض كتبه: إنه لا يحلّ من صيد البحر إلا الحوت، فاختلف أصحابه في اسم الحوت، فقال بعضهم: هو من الأسماء العامة ينطلق على جميع حيوان البحر إلا الضفدع، وما قتل أكله من ذوات السموم، فعلى هذا لا يختلف قوله في إباحة أكله.

وقال آخرون من أصحابه: إن اسم الحوت خاص بالسمك دون غيره، فعلى هذا جعلوه قولاً ثانياً للشافعي أن أكله حرام، كقول أبي حنيفة.

والثالث: وهو قول بعض أصحاب الشافعي أن ما أشبه مباحات البر من دواب الماء حلال، وما أشبه محرمات البر من كلاب الماء وخنازيره حرام جميعاً بين حيوان البر وحيوان البحر.

فصل:

واستدل من أخذ بقول أبي حنيفة على تحريمه بعموم قوله تعالى: ﴿حُرِّمَتْ عَلَيْكُمُ الْمَيْتَةُ وَالدَّمُ وَلَحْمُ الْخِنزِيرِ﴾ [المائدة: ٣].

وبرواية ابن عمر أن النبي ﷺ قال: «أحلت لنا ميتتان ودمان: الحوت والجراد واسم الحوت خاص في السمك، فكانت الإباحة مقصورة عليه؛ ولأن ما اختص بغير اسم الحوت لم ينطلق عليه إباحة الأكل كالبري؛ لأن الحيوان لا يختلف حكم إباحته باختلاف مواطنه كالخنزير الجبلي والسهلي.

والدليل على إباحة جميعه قول الله تعالى: ﴿أُحِلَّ لَكُمْ صَيْدُ الْبَحْرِ وَطَعَامُهُ مَتَاعًا لَّكُمْ وَلِلسَّيَّارَةِ﴾ [المائدة: ٩٦] يعني بصيد البحر صيد الماء من بحر أو نهر أو عين أو بئر؛ لأن أصل جميع المياه من البحر، وفي طعامه تأويلان:

أحدهما: طافية، وهو قول أبي بكر، وعمر رضي الله عنهما.

والثاني: مملوحة، وهو قول ابن عباس وفي قوله «متاعاً» تأويلان:

أحدهما: طعام.

والثاني: منفعة، وفي قوله: و«للسيارة» ثلاثة تأويلات:

أحدها: الحلال والمحرم.

والثاني: المقيم والمسافر.

والثالث: لأهل الأمصار وأهل القرى.

والدليل في هذه الآية من وجهين:

أحدهما: قوله تعالى: ﴿أُحِلَّ لَكُمْ صَيْدُ الْبَحْرِ﴾ يعني صيد البحر، فكان على عمومه في جميع حيوانه.

والثاني: قوله: ﴿وَطَعَامُهُۥ مَتَـٰعًا لَّكُمْ وَلِلسَّيَّارَةِ﴾ [المائدة: ٩٦] يعني مطعومه، فدل على أن جميعه مطعوم.

وروى أبو هريرة عن النبي ﷺ أنه قال في البحر: «هو الطهور ماؤه الحل ميتته» فعم جميع ميتاته، ولم يخصها.

وروي عن أبي بكر رضي الله عنه أنه قال: كل دابة تموت في البحر فقد ذكاها الله لكم، وهو محكي عن غيره من الصحابة، وليس فيه مخالف له، فكان إجماعاً ولأن ما لم يعش من الحيوان إلا في الماء حل أكله ميتاً كالحوت.

فأما الجواب عن استدلاله بقوله تعالى: ﴿أَوْ لَحْمَ خِنزِيرٍ﴾ [الأنعام: ١٤٥] فمن وجهين:

أحدها: أن مطلق اسم الخنزير لا ينطلق لغة وعرفاً إلا على خنزير البر، فإن أريد به غيره قبل خنزير الماء مقيداً به، فوجب أن يحمل حكمه على إطلاقه.

والثاني: أن اسمه لو انطلق عليها لخص تحريمها بقوله: لكل ميتة.

وأما الجواب عن قوله: «الميتتان: الحوت والجراد» فمن وجهين:

أحدهما: أن اسم الحوت ينطلق على جميعها، فكان دليلاً على إباحتها دون حظرها.

والثاني: أن قوله: «الحل ميتته» أعم منه فصار الحوت داخلاً في عمومه، ولم يخصه؛ لأنه لا ينافيه.

وأما الجواب عن قياسه على البري، فهو أن الشرع قد فرق بين حيوان البر والبحر فلم يجز أن يجمع بينهما بالقياس.

وأما الجواب عن استدلاله بأن إباحة الحيوان لا يختلف باختلاف مواطنه، فهو مدفوع بالإجماع، ولاختلاف الأماكن مع الإجماع في الاسم والصورة تأثير في الحظر والإباحة؛ لأن الحمار الوحشي والحمار الأهلي يجتمعان في الاسم، ويشتبهان في الصورة، ويفترقان في الإباحة، فيحل الوحشي، ويحرم الأهلي، لاختلافهما في الإباحة والحظر، وإن اشتركا في الاسم واشتبها في الصورة، وبهذا يبطل قول من ذهب من أصحابنا إلى اعتبار حيوان البحر بحيوان البر فأحلّ منه ما أشبه محللات البر وحرم منه ما أشبه محرمات البر.

فصل:

وأما النوع الثالث من الحيوان، وهو ما يجمع في عيشه بين البر والبحر فينقسم ثلاثة أقسام:

أحدها: ما يكون مستقره في البر، ومرعاه من البحر مثل: طير الماء فهذا من حيوان البر وتجري عليه حكمه.

والثاني: ما يكون مستقره في البحر ومرعاه في البر كالسلحفاة، فهذا من حيوان البحر، ويجري عليه حكمه.

والثالث: ما يستقر في البر والبحر ويرعى في البر والبحر، فيراعي أغلب حاليه. فإن كان أغلبهما البر في مستقره ومرعاه، أجري عليه حكم الحيوان البري، وإن كان أغلبها البحر في مستقره ومرعاه أجري عليه حكم حيوان البحر، وإن استوى فيه الأمران، ولم يغلب أحدهما على الآخر، ففيه وجهان:

أحدهما: أنه يجري عليه حكم حيوان البر تغليباً للحظر؛ لأنه مستغنٍ عن البحر.

والثاني: أنه يجري عليه حكم حيوان البحر تغليباً للإباحة؛ لأنه مستغنٍ عن البر.

مسألة[1]:

قَالَ الشَّافِعِيُّ رَحِمَهُ اللَّهُ تَعَالَى: «وَلَوْ كَانَ شَيْئاً تَطُولُ حَيَاتُهُ فَذَبَحَهُ لاسْتِعْجَالِ مَوْتِهِ مَا كَرِهْتُهُ».

قال في الحاوي: أما السمك، فلا يلزم ذبحه، وإن قدر عليه، وإن طالت حياته بعد صيده جاز أن ينتظر به موته، ولا يكره انتظاره، وجاز أن يعجل ذبحه، ولا يكره ذبحه، وفي الاستحباب منها وجهان:

أحدهما: أن تركه ليموت حتف أنفه أولى، لأن موته ذكاة.

والثاني: أن ذبحه أولى ليستعجل الراحة من أبطأ الموت.

وأما غير السمك من دواب البحر إذا قيل بإباحته، فإن لم يدرك ذبحه حياً بعد صيده حتى مات حلّ أكله؛ لأن صيد البر إذا لم يقدر على ذكاته بعد صيده حلّ أكله، فكان صيد البحر أولى، وإن أدرك ذكاته بعد صيده فقد اختلف أصحابنا في وجوب ذبحه وكونه مع القدرة شرطاً في إباحته على وجهين:

أحدهما: وهو قول الأكثر منهم أن ذبحه لا يجب، وأن موته ذكاة كالسمك، وهذا قول من جمع بين السمك وغيره في الإباحة.

والثاني: وهو قول من اعتبر حيوان البحر بحيوان البر في الحظر والإباحة فجمع بينهما في الذكاة، وحرمه مع القدرة عليها إذا مات، وهذا الجمع فاسد في الأمرين فأما دمه فمن جعل ذكاته شرطاً جعل دمه نجساً، ومن لم يجعل ذكاته شرطاً وجعله كالحوت في استباحته بموته، ففي دمه ودم جميع السمك وجهان:

أحدهما: نجس لعموم قوله تعالى: ﴿حُرِّمَتْ عَلَيْكُمُ الْمَيْتَةُ وَالدَّمُ﴾ [المائدة: ٣].

والثاني: أن دمه طاهر؛ لأن دم الحي كلحم الميت، فلما خالف حيوان البر في

---

(١) انظر الأم (٢/ ٢٠٠).

طهارته بعد الموت خالف في طهارة دمه، والله أعلم.

مسألة[(١)]:

قَالَ الشَّافِعِيُّ رَحِمَهُ اللَّهُ تَعَالَى: «وَسَوَاءٌ مَنْ أَخَذَهُ مِنْ مَجُوسِيٍّ أَوْ وَثَنِيٍّ لَا ذَكَاةَ لَهُ».

قال في الحاوي: وهذا صحيح إذا كان الحوت لا يفتقر إلى ذكاة، وكان موته في إباحته كالذكاة، فلا فرق بين أن يصطاده مسلم أو مجوسي أو وثني في إباحة أكله، وهو في صيده كموته حتف أنفه؛ ولأن ما كان موته ذكاته استوى فيه أهل الذكاة وغير أهل الذكاة كالجراد، فإنه يحل إذا مات أو ميت من يد مجوسي أو وثني.

وقال مالك: لا يحل الجراد حتى يقطف، وهذا خطأ لقول النبي ﷺ: «أحلت لنا ميتتان ودمان، الحوت والجراد» ولأن قطف رأسه إن كان معتبراً بعد موته لم يؤثر، وإن كان معتبراً قبل موته كان فيه تعذيب لذي روح ورد النهي عنه، وليست التسمية عند صيدها مسنونة، ولا ورد بها شرع، وإن كان ذكرها الله تعالى على كل الأحوال حسناً.

مسألة[(٢)]:

قَالَ الشَّافِعِيُّ رَحِمَهُ اللَّهُ تَعَالَى: «وَسَوَاءٌ مَا لَفَظَهُ الْبَحْرُ وَطَفَا مِنْ مَيْتَتِهِ أَوْ أُخِذَ حَيًّا، أَكَلَ أَبُو أَيُّوبَ سَمَكاً طَافِياً وَقَالَ: قَالَ رَسُولُ اللَّهِ ﷺ: «أُحِلَّتْ لَنَا مَيْتَتَانِ وَدَمَانِ». الْمَيْتَتَانِ: الْحُوتُ وَالْجَرَادُ، وَالدَّمَانِ أَحْسَبُهُ قَالَ: الْكَبِدُ والطِّحَالُ وَقَال ﷺ: «هُوَ الطَّهُورُ مَاؤُهُ: الحِلُّ مَيْتَتُهُ» وَقَالَ اللَّهُ جَلَّ ثَنَاؤُهُ: ﴿أُحِلَّ لَكُمْ صَيْدُ ٱلْبَحْرِ وَطَعَامُهُۥ مَتَٰعًا لَّكُمْ وَلِلسَّيَّارَةِ﴾ [المائدة: ٩٦] وَهَذَا عُمُومٌ فَمِنْ خَصَّ مِنْهُ شَيْئاً فَالمَخْصُوصُ لَا يَجُوزُ عِنْدَ أَهْلَ العِلْمِ إِلَّا بِسُنَّةٍ أَوْ إِجْمَاعِ الَّذِينَ لَا يَجْهَلُونَ مَا أَرَادَ اللَّهُ قَالَ الْمُزَنِيُّ رَحِمَهُ اللَّهُ: وَلَوْ جَازَ أَنْ يَحْرُمَ الحُوتُ وَهُوَ ذَكِيٌّ لأَنَّهُ طَفَا لَجَازَ أَنْ يَحْرُمَ الْمُذَكَّى مِنَ الغَنَمِ إِذَا طَفَا وَفِي ذَلِكَ دَلِيلٌ، وَبِاللَّهِ التَّوْفِيقُ».

قال في الحاوي: إذا مات السمك في الماء حلّ أكله سواء كان بسبب شدة برد الماء أو شدة حرارته أو نصب عنه حتى صار على اليبس أو مات، بغير سبب وسواء طفا على الماء حتى ظهر أو رسب في قرار فلم يظهر، وهو قول أكثر الصحابة والتابعين والفقهاء.

وقال أبو حنيفة: إن مات بسبب حلّ أكله، وإن مات بغير سبب حرم أكله، وقال بعض العراقيين: إن طفا حرم، وإن رسب لم يحرم احتجاباً برواية ابن الزبير عن جابر أن النبي ﷺ: «نهى عن أكل السمك الطافي».

---

(١) انظر الأم (٢/ ٢٠٠).

(٢) انظر الأم (٢/ ٢٠٠).

وبرواية وهب بن كيسان عن جابر أن النبي ﷺ قال: «كلوا ما حسر عنه البحر وما ألقي، وما وجدتم ميتاً طافياً فوق الماء فلا تأكلوه»[١].

قالوا: وهذان الخبران نص في التحريم.

قالوا: ولأن موت ذي الروح بغير سبب يوجب تحريم أكله كالبري.

ودليلنا قول الله تعالى: ﴿أُحِلَّ لَكُمْ صَيْدُ الْبَحْرِ وَطَعَامُهُ مَتَاعًا لَّكُمْ وَلِلسَّيَّارَةِ﴾ [المائدة: ٩٦]. وقد ذكرنا تفسيرها، وأن طعامه طافية على قول أبي بكر وعمر رضي الله عنهما، وحديث أبي هريرة أن النبي ﷺ قال في البحر: «وهو الطهور ماؤه الحل ميتته». وهذا كالنص، أضاف الميتة إلى البحر لا إلى سبب حادث، وحديث ابن عمر أن النبي ﷺ قال: «أحلت لنا ميتتان ودمان»، فالميتتان: الحوت والجراد، والدمان: الكبد والطحال، فكان على عمومه.

وروى الشافعي عن سفيان بن عيينة عن عمرو بن دينار عن جابر بن عبد الله قال: بعثنا رسول الله ﷺ في ثلاثمائة راكب وأميرنا أبو عبيدة بن الجراح نريد عيراً لقريش، فأصابنا جوع شديد حتى أكلنا الخبط فسمى ذلك الجيش جيش الخبط، ثم ألقى لنا البحر ونحن بالساحل دابة تسمى العنبر، فأكلنا منه نصف شهر، واستدمنا منه، وادهنا بودكه حتى باتت أجسامنا، فأخذ أبو عبيدة ضلعاً من أضلاعه فنصبه، ثم نظر إلى أطول رجل في الجيش، وأعظم جمل، فأمره أن يركب الجمل ثم يمر تحته، ففعل فمر تحته، فدل هذا الخبر على أمرين:

أحدهما: إباحة أكل الطافي.

والثاني: إباحة أكل دواب البحر، وإن لم يكن حوتاً.

وروى عكرمة عن ابن عباس قال: أشهد علي أبي بكر رضي الله عنهما ـ أنه قال: «السمكة الطافية على الماء حلال، ولم يظهر له مخالف فكان إجماعاً، وأكل أبو أيوب الأنصاري سمكاً طافياً، فإن كان على عهد رسول الله ﷺ، فلم يظهر منه إنكار دل على إباحته سنة، وإن كان بعده فلم يظهر له منكر كان إجماعاً؛ ولأن كل حيوان استغنى عن الذكاة في إباحته استغنى في موته كالجراد؛ ولأن ما حلّ أكل قبل الظفر حلّ أكله بعد الظفر كالمذكى.

فأما الجواب عن حديث جابر فمن وجهين:

أحدهما: انقطاع إسناده وضعف حاله.

والثاني: حملهما على التنزيه إذا أنتن وتغير.

وأما قياسهم على البري فمنتقض بالجراد ثم المعنى في البري افتقاره إلى الذكاة. وفي البحر استغناؤه عنها، والله أعلم بالصواب.

---

(١) أخرجه الدارقطني (٤/ ٢٦٨)، وابن عدي في «الكامل» (٥/ ١٩٢٣)، وأورده ابن الجوزي في «العلل المتناهية» (٢/ ١٧٥).

كتاب الضحايا

قَالَ[1] الشَّافِعِيُّ رَحِمَهُ اللَّهُ تَعَالَى: «أَخْبَرَنَا إِسْمَاعِيلُ بْنُ إِبْرَاهِيمَ عَنْ عَبْدِ العَزِيزِ بْنِ صُهَيْبٍ عَنْ أَنَسِ بْنِ مَالِكٍ أَنَّ النَّبِيَّ ﷺ كَانَ يُضَحِّي بِكَبْشَيْنِ وَقَالَ أَنَسٌ: وَأَنَا أُضَحِّي أَيْضاً بِكَبْشَيْنِ وَقَالَ أَنَسٌ فِي غَيْرِ هَذَا الحَدِيثِ ضَحَّى النَّبِيُّ ﷺ بِكَبْشَيْنِ أَمْلَحَيْنِ وذَبَحَ أَبُو بُرْدَةَ بْنِ نُيَارٍ قَبْلَ أَنْ يَذْبَحَ النَّبِيُّ ﷺ يَوْمَ الأَضْحَى فَزَعَمَ أَنَّ النَّبِيَّ ﷺ أَمَرَهُ أَنْ يَعُودَ لِضَحِيَّةٍ أُخْرَى فَقَالَ أَبُو بُرْدَةَ لَا أَجِدُ إِلَّا جَذَعاً فَقَالَ النَّبِيُّ ﷺ: «إِنْ لَمْ تَجِدْ إِلَّا جَذَعاً فَاذْبَحْهُ» قَالَ الشَّافِعِيُّ رَحِمَهُ اللَّهُ تَعَالَى: فَاحْتَمَلَ أَمْرُهُ بالإِعَادَةِ أَنَّهَا وَاجِبَةٌ، وَاحْتَمَلَ عَلَى مَعْنَى أَنَّهُ إِنْ أَرَادَ أَنْ يُضَحِّيَ فَلَمَّا قَالَ عَلَيْهِ السَّلامُ: «إِذَا دَخَلَ العَشْرُ فَأَرَادَ أَحَدُكُمْ أَنْ يُضَحِّيَ فَلَا يَمَسَّ مِنْ شَعْرِهِ وَبَشَرِهِ شَيْئاً» دَلَّ عَلَى أَنَّهَا غَيْرُ وَاجِبَةٍ وَبَلَغَنَا أَنَّ أَبَا بَكْرٍ وَعُمَرَ رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُمَا كَانَا لَا يُضَحِّيَانِ كَرَاهِيَةَ أَنْ يُرَى أَنَّها وَاجِبَةٌ، وَعَنِ ابْنِ عَبَّاسٍ أَنَّهُ اشْتَرَى بِدِرْهَمَيْنِ لَحْماً فَقَالَ هَذِهِ أُضْحِيَةُ ابْنِ عَبَّاسٍ».

قال في الحاوي: والأصل في الضحايا والهدايا قوله تعالى: ﴿وَٱلْبُدْنَ جَعَلْنَٰهَا لَكُم مِّن شَعَٰٓئِرِ ٱللَّهِ لَكُمْ فِيهَا خَيْرٌ﴾ [الحج: ٣٦] الآية، إلى قوله: ﴿ٱلْقَانِعَ وَٱلْمُعْتَرَّ﴾ [الحج: ٣٦]. أما البدن ففيها ثلاثة أقاويل:

أحدها: أنها الإبل خاصة، وهو قول الجمهور.

والثاني: أنها الإبل والبقر، وهو قول جابر وعطاء.

والثالث: أنها النعم كلها من الإبل والبقر والغنم وفي تسميتها بدناً تأويلان:

أحدهما: لكبر أبدانها، وهو تأويل من جعلها الإبل والبقر.

والثاني: لأنها مبدنة بالسمن، وهو تأويل من جعلها جميع النعم، وفي قوله: ﴿مِّن شَعَٰٓئِرِ ٱللَّهِ﴾ [الحج: ٣٦] تأويلان:

أحدهما: من فروضه. وهو تأويل من أوجب الضحايا.

والثاني: من معالم دينه.

وهو تأويل من سن الضحايا، وفي قوله: ﴿لَكُمْ فِيهَا خَيْرٌ﴾ [الحج: ٣٦] تأويلان:

أحدهما: أجر، قاله السدي.

والثاني: منفعة إن احتاج إلى ظهرها ركب وإن حلب لبنها شرب قاله النخعي. وفي قوله: ﴿فَٱذْكُرُوا۟ ٱسْمَ ٱللَّهِ عَلَيْهَا صَوَآفَّ﴾ [الحج: ٣٦] وهي قراءة الجمهور تأويلان:

---

(١) انظر الأم (٥/ ٢١٠).

أحدهما: معقولة قاله مجاهد.

والثاني: مصطفة، قاله ابن عيسى وقرأ الحسن البصري «صوافي» أي: خالصة لله، مأخوذ من الصفوة، وقرأ ابن مسعود: «صوافن» أي مصفونة، وهو أن تعقل إحدى يديها حتى تقف على ثلاثة قوائم مأخوذ من صفن الفرس إذا أثنى إحدى يديه حتى قام على ثلاث، ومنه قوله تعالى: ﴿ٱلصَّـٰفِنَـٰتُ ٱلْجِيَادُ﴾ [ص: ٣١]. قال الشاعر(١):

أَلِـفَ الـصُّـفُـونَ فَـلَا يَـزَالُ كَـأَنَّـهُ ... مِـمَّـا يَـقُـومُ عَـلَـى الـثَّـلَاثِ كَـسِـيـراً

وفي قوله: ﴿فَإِذَا وَجَبَتْ جُنُوبُهَا﴾ [الحَجّ: ٣٦] تأويلان:

أحدهما: أي سقطت جنوبها إلى الأرض.

ومنه قولهم: وجبت الشمس إذا سقطت للغروب.

والثاني: طفت جنوبها بخروجها الروح، ومنه وجوب الميت إذا خرجت نفسه، وفي قوله: ﴿فَكُلُوا۟ مِنْهَا وَأَطْعِمُوا۟﴾ [الحَجّ: ٢٨]﴾ ثلاثة أوجه:

أحدها: أن الأكل والإطعام واجبان.

والثاني: أنهما مستحبان.

والثالث: أن الأكل مستحب والإطعام واجب، وفي قوله: ﴿ٱلْقَانِعَ وَٱلْمُعْتَرَّ﴾ [الحَجّ: ٣٦] ثلاثة أوجه:

أحدها: أن القانع: السائل، والمعتر: الذي يتعرض ولا يسأل قاله الحسن.

والثاني: أن القانع: الذي يقتنع ولا يسأل، والمعتر: الذي يعتري فيسأل قاله قتادة وأنشد أبو عبيدة.

لَـهُ نِـحْـلَـةُ الأَوْفَـى إِذَا جَـاءَ عَـانِـيـاً ... وَإِنْ جَـاءَ يَـعْـرُو لَـحْـمَـنَـا لَـمْ يُـؤَنَّـبِ

والثالث: أن القانع الطواف والمعتر: الصديق الزائر قاله زيد بن أسلم وقال تعالى: ﴿لَن يَنَالَ ٱللَّهَ لُحُومُهَا وَلَا دِمَآؤُهَا وَلَـٰكِن يَنَالُهُ ٱلتَّقْوَىٰ مِنكُمْ﴾ [الحج: ٣٧] وفيه تأويلان:

أحدهما: لن يتقبل الله الدماء، إنما يتقبل التقوى.

والثاني: لن يصعد إلى الله لحومها ولا دماؤها، وإنما يصعد إليه التقوى والعمل الصالح، لأنهم كانوا في الجاهلية إذا نحروا بدنهم استقبلوا الكعبة بها ونضحوا الدماء عليها، فأرادوا أن يفعلوا في الإسلام مثل ذلك، فنهوا عنه: ﴿كَذَٰلِكَ سَخَّرَهَا لَكُمْ﴾ [الحَجّ: ٣٧] فيه تأويلان:

أحدهما: ذللها حتى أقدركم عليها.

والثاني: سهلها لكم حتى تقربتم بها.

---

(١) البيت من الكامل، وهو بلا نسبة في الأزهية (ص٨٧)، وأمالي ابن الحاجب (٢/ ٦٣٥)، وشرح شواهد المغني (٢/ ٧٢٩)، لسان العرب (١٣/ ٢٤٨ ـ صفن)، مغني اللبيب (١/ ٣١٨).

﴿لِتُكَبِّرُوا اللَّهَ عَلَىٰ مَا هَدَاكُمْ﴾ [الحج: ٣٧] فيه تأويلان:

أحدهما: أنه التسمية عند ذبحها.

والثاني: أنه التكبير عند الإحلال بدلاً من التلبية في الإحرام: ﴿وَبَشِّرِ الْمُحْسِنِينَ﴾ [الحج: ٣٧]. فيه تأويلان:

أحدهما: بالقبول.

والثاني: بالجنة، وقال تعالى: ﴿وَيَذْكُرُوا اسْمَ اللَّهِ فِي أَيَّامٍ مَّعْلُومَاتٍ عَلَىٰ مَا رَزَقَهُم مِّن بَهِيمَةِ الْأَنْعَامِ فَكُلُوا مِنْهَا وَأَطْعِمُوا الْبَائِسَ الْفَقِيرَ﴾ [الحج: ٢٨]. أما قوله: ﴿وَيَذْكُرُوا اسْمَ اللَّهِ﴾ ففيه قولان:

أحدهما: أمر الله بذبحها في أيام معلومات.

والثاني: التسمية يذكر الله عند ذبحها في الأيام المعلومات، وفيها قولان:

أحدهما: أيام العشر من ذي الحجة.

والثاني: أنها أيام التشريق وقول: ﴿عَلَىٰ مَا رَزَقَهُم مِّن بَهِيمَةِ الْأَنْعَامِ﴾ [الحج: ٢٨] أي على نحر ما رزقهم، وفيه تأويلان:

أحدهما: ما ملكهم.

والثاني: ما مكنهم، وبهيمة الأنعام هي الأزواج الثمانية والضحايا والهدايا، وفي البائس الفقير: تأويلان:

أحدهما: أنه الفقير الزمن.

والثاني: الذي به ضر الجوع وأثر البؤس.

والثالث: أنه الذي يمد يده بالسؤال ويتكفف بالطلب.

وقال تعالى: ﴿إِنَّا أَعْطَيْنَاكَ الْكَوْثَرَ ۝١ فَصَلِّ لِرَبِّكَ وَانْحَرْ ۝٢﴾ [الكوثر: ١ ـ ٢] وفي الكوثر ستة تأويلات:

أحدها: أنه النبوة، قاله عكرمة.

والثاني: أنه القرآن، قاله الحسن.

والثالث: أنه الإسلام، قاله المغيرة.

والرابع: أنه الخير الكثير، قاله ابن عباس.

والخامس: أنه كثرة أمته، قاله أبو بكر بن عياش.

والسادس: أنه حوض في الجنة يكثر عليه الناس يوم القيامة، قاله عطاء وهو فاعل من الكوثر.

وفي قوله: ﴿فَصَلِّ لِرَبِّكَ وَانْحَرْ ۝٢﴾ [الكوثر: ٢] **ثلاثة تأويلات**:

أحدها: أنه صلاة العيد ونحر الضحايا، قاله سعيد بن جبير وعكرمة ومجاهد وقتادة.

والثاني: أنها صلاة الفرض واستقبال القبلة فيها بنحر، قاله أبو الأحوص.

والثالث: أن الصلاة: الدعاء والنحر: الشكر، قاله بعض المتأخرين والأول أظهرها.

فهذه أربع آيات من كتاب الله تعالى تدل على الأمر بالضحايا والهدايا.

وأما السُّنَّة، فما رواه الشافعي في أول الكتاب عن أنس بن مالك أن رسول الله ﷺ كان يضحي بكبشين أملحين[١].

وفي الأملحين ثلاثة تأويلات:

أحدها: أنه الأبيض الشديد البياض وهذا قول ثعلب.

والثاني: أنه الذي ينظر في سواد ويأكل في سواد، ويمشي في سواد وباقيه بياض، وهذا قول عائشة رضي الله عنها.

والثالث: أنه الذي بياضه أكثر من سواده على الإطلاق، وهذا قول أبي عبيد وفي قصد أضحيته بالأملح وجهان:

أحدهما: ما لحسن منظره.

والثاني: لشحمه وطيب لحمه، لأنه نوع متميز عن جنسه.

وروى أبو سعيد الزرقي أن النبي ﷺ ضحى بكبش أدغم قال ابن قتيبة: والأدغم من الكباش ما أرنبته وما تحت حنكه سواد وباقية بياض. وروى أبو رملة عن مخنف بن سليم قال: سمعت رسول الله ﷺ يقول: «على كل مسلم في كل عام أضحية عتيرة»[٢]، والعتيرة ذبيحة كانت تذبح في رجب، كما تذبح الأضحية في ذي الحجة، فنسخت العتيرة وبقيت الأضحية.

وروى الشافعي عن سفيان عن الزهري عن ابن المسيب عن أبي هريرة قال رسول الله ﷺ: «لا فرعة ولا عتيرة»[٣] قال الشافعي: والفرعة في كلام العرب أول ما تنتج الناقة، يقولون: لا يملكها ويذبحها رجاء البركة في لبنها وكثرة نسلها.

فإذا ثبت أن الضحايا مأمور بها، فقد اختلف الفقهاء في وجوبها على ثلاثة مذاهب:

أحدها: وهو مذهب الشافعي، أنها سنة مؤكدة، وليست بواجبة على مقيم ولا مسافر، وهو قول أكثر الصحابة والتابعين.

---

(١) أخرجه البخاري (١٧١٢)، ومسلم (١٩٦٦).

(٢) أخرجه أبو داود (٢٧٨٨)، والترمذي (١٥١٨)، والنسائي (٤٢٢٤)، وأحمد (٤/ ٢١٥)، والبيهقي في «الكبرى» (١٩٣٤٥).

(٣) أخرجه البخاري (٥٤٧٤)، ومسلم (١٩٧٦)، وأبو داود (٢٨٣١)، والترمذي (١٥١٢)، والنسائي (٤٢٢٢)، وابن ماجه (٣١٦٨).

وبه قال أحمد بن حنبل وأبو يوسف ومحمد.

والثاني: وهو قول مالك: أنها واجبة على المقيد والمسافر وبه قال ربيعة والأوزاعي والليث بن سعد.

والثالث: وهو قول أبي حنيفة ـ أنها واجبة على المقيم دون المسافر احتجاجاً في الوجوب يقول الله تعالى: ﴿فَصَلِّ لِرَبِّكَ وَٱنْحَرْ ۝٢﴾ [الكوثر: ٢]. وهذا أمر، وبحديث أبي رملة عن محنف بن سليم عن النبي ﷺ أنه قال: «على كل مسلم في كل عام أضحاة وعتيرة» وبرواية أبي هريرة عن النبي ﷺ قال: «من لم يضح فلا يشهد مصلانا»[(١)] وهذا وعيد يدل على الوجوب، وبرواية بشر بن يسار أن أبا بردة بن دينار ذبح أضحية قبل الصلاة، فأمره النبي ﷺ أن يعيد[(٢)]، فدل الأمر بالإعادة على الوجوب، قالوا: ولأن حقوق الأموال إذا اختصت بالعيد وجبت كالفطرة، قالوا: ولأن ما وجب بالنذر كان له أصل وجوب في الشرع كالعتق، ولأن توقيت زمانها والنهي عن معيبها دليل على وجوبها، كالزكوات، ودليلنا: ما رواه مندل عن ابن خباب عن ابن عباس عن النبي ﷺ قال: «الأضاحي عليَّ فريضة وعليكم سنة»[(٣)] وهذا نص. وروى عكرمة عن ابن عباس عن النبي ﷺ أنه قال: «ثلاث كتبت عليَّ ولم تكتب عليكم: الوتر والنحر والسواك».

وروى سعيد بن المسيب عن أم سلمة أن النبي ﷺ قال: «إذا دخل العشر وأراد أحدكم أن يضحّي فلا يمس من شعره ولا بشره شيئاً»[(٤)]. فعلق الأضحية بالإرادة، ولو وجبت لحتمها، فإن قيل: فقد فقال: «من أراد منكم الجمعة فليغتسل»[(٥)] فلم يدل تعليق الجمعة على الإرادة على أنها غير واجبة، كذلك الأضحية، قلنا: إنما علق بالإرادة الغسل دون الجمعة، والغسل ليس بواجب فكذلك الأضحية.

وروى عن الصحابة رضي الله عنهم ما ينعقد به الإجماع على سقوط الوجوب فروي عن أبي بكر وعمر أنهما كانا لا يضحيان مخافة أن يرى أنها واجبة[(٦)].

وروي عن أبي مسعود البدري، أنه قال: لا أضحي وأما موسر لئلا يقدر جيراني أنها واجبة عليَّ[(٧)].

وروي عن ابن عباس أنه أعطى عكرمة درهمين، وأمره أن يشتري بها لحماً، وقال: من سألك عن هذا فقل: هذه أضحية ابن عباس[(٨)]. فإن قيل: فلعل ذلك لعدم، قيل: قد روي عن ابن عباس أنه قال: عندي نفقة ثمانين سنة كل يوم ألف.

ومن القياس: أنه إراقة دم لا تجب على المسافر، فلا تجب على الحاضر

---

(١) أخرجه الدارقطني (٤/ ٢٨٥).
(٢) أخرجه البخاري (٩٥١)، ومسلم (١٩٦١).
(٣) أخرجه الطبراني في «الكبير» (١١/ ٢٦).
(٤) أخرجه مسلم (١٩٧٧).
(٥) تقدم تخريجه.
(٦) أخرجه البيهقي في «الكبرى» (١٩٠٣٤).
(٧) أخرجه البيهقي في «الكبرى» (١٩٠٣٨).
(٨) أخرجه البيهقي في «الكبرى» (١٩٠٣٧).

كالعقيقة، ولأن من لم تجب عليه العقيقة لم تجب عليه الأضحية كالمسافر، ولأنها أضحية لا تجب على المسافر فلم تجب على الحاضر، كالواجد لأقل من نصاب، ولأن ما سقط وجوبه بفوات وقته مع إمكان القضاء سقط وجوبه في وقته مع إمكان الأداء كسائر السنن طرداً، وجميع الفروض عكساً، ولأن كل ذبيحة حلّ له الأكل منها لم يجب عليها ذبحها كالتطوع طرداً، ودم المناسك عكساً.

فأما الجواب عن الآية، فهو ما ذكرناه، من اختلاف التأويل فيها، ثم لا يمنع حملها على الاستحباب، لما ذكرنا.

وأما الجواب عن قوله ﷺ: «على كل مسلم في كل عام أضحاة وعتيرة» فمن وجهين:

أحدهما: أن رواية أبو رملة عن محنف بن سليم، وهما مجهولان عند أصحاب الحديث.

والثاني: أن جمعه بين الأضحية والعتيرة دليل على اشتراكهما في الحكم. والعتيرة غير واجبة، فكذلك الأضحية.

وأما الجواب عن قوله ﷺ: «ومن لم يضح، فلا يشهد مصلانا» فمن وجهين:

أحدهما: أنه جمع في الترك بين الأضحية، والتأخر عن الصلاة والصلاة سنة، فكذلك الأضحية، ويكون معناه: أن من ترك ما أمرناه من الأضحية، فليترك ما أمرناه من الصلاة.

والثاني: أن هذا زجر يتوجه إلى الاستحباب دون الوجوب، كما قال: «من أكل من هذه البقلة شيئاً، فلا يقربن مصلانا»[(١)].

فأما الواجبات، فالأمر بها، وإلزام فعلها، أبلغ في الوجوب من هذا الزجر.

وأما حديث أبي بردة فمحمول على أحد وجهين: إما على الإعادة استحباباً وإما على الوجوب، لأنها كانت نذراً.

وأما الجواب عن قياسهم على زكاة الفطر، فهو أن زكاة الفطر لما استوى فيها الحاضر والمسافر، ولزم قضاؤها مع الفوات، وخلف منها الأضحية، جاز أن تجب زكاة الفطر، ولم تجب الأضحية.

وأما الجواب عن قياسهم بأن ما وجب بالنذر كان له أصل في الشرع فهو أن له في الشرع أصل في دماء الحج، فلم يحتج أن يكون الأضحية له أصلاً.

وأما الجواب عن استدلالهم بوقتها، والامتناع من العيوب فيها، فهو أن هذين معتبران في حق المسافر، وإن لم تجب عليه، فكذلك اعتبارها في حق الحاضر لا يقتضي وجوبها عليه، والله أعلم.

---

(١) تقدم تخريجه.

مسألة[(١)]:

قَالَ الشَّافِعِيُّ رَحِمَهُ اللَّهُ تَعَالَى: «وَأَمَرَ مَنْ أَرَادَ أَنْ يُضَحِّي أَنْ لَا يَمَسَّ مِنْ شَعْرِهِ شَيْئاً اتِّبَاعاً واخْتِيَاراً بِدَلَالَةِ السُّنَّةِ وَرَوَتْ عَائِشَةُ أَنَّهَا كَانَتْ تَفْتِلُ قَلَائِدُ هَدْيِ رَسُولِ اللَّهِ ﷺ ثُمَّ يُقَلِّدُهَا هُوَ بِيَدِهِ ثُمَّ يَبْعَثُ بِهَا فَلَمْ يُحرَمْ عَلَيْهِ شيءٌ أَحَلَّهُ اللَّهُ لَهُ حَتَّى نَحْرُ الهَدْيِ. قَالَ الشَّافِعِيُّ رَحِمَهُ اللَّهُ تَعَالَى: وَالأُضْحِيَّةُ سُنَّةٌ تَطَوُّعٍ لَا نُحِبُّ تَرْكَهَا وَإِنْ كَانَتْ غَيْرَ فَرْضٍ».

قال في الحاوي: وأصل هذا ما رواه الشافعي عن سفيان بن عيينة عن عبد الرحمٰن بن حميد عن سعيد بن المسيب عن أم سلمة قالت: قال رسول الله ﷺ: «إذا دخل العشر وأراد أحدكم أن يضحي فلا يمس من شعره ولا بشره شيئاً»[(٢)].

ورواه الترمذي، قال أحمد بن الحكم البصري حدثنا محمد بن جعفر عن شعبة عن مالك بن أنس عن عمرو بن مسلم عن ابن المسيب، عن أم سلمة عن النبي ﷺ أنه قال: «من رأى هلال ذي الحجة وأراد أن يضحي فلا يأخذن من شعره ولا من أظفاره»[(٣)].

قال: هو حديث حسن.

واختلف الفقهاء في العمل بهذا الحديث على ثلاثة مذاهب:

أحدها: ـ وهو مذهب الشافعي ـ أنه محمول على الاستحباب دون الإيجاب وأن من السنة لمن أراد أن يضحي أن يمتنع في عشر ذي الحجة من أخذ شعره وبشره فإن أخذ كره له ولم يحرم عليه.

وهو قول سعيد بن المسيب.

والثاني: هو قول أحمد بن حنبل وإسحاق بن راهويه أنه محمول على الوجوب وأخذه لشعره وبشره حرام عليه، لظاهر الحديث وتشبيهاً بالمحرم.

والثالث: ـ وهو قول أبي حنيفة ومالك ـ وليس بسنة ولا يكره أخذ شعره وبشره احتجاجاً بأنه محل، فلم يكره له أخذ شعره وبشره كغير المضحي، ولأن من لم يحرم عليه الطيب واللباس لم يحرم عليه حلق الشعر كالمحل.

والدليل على أحمد وإسحاق: إنه مسنون وليس بواجب ما رواه الشافعي عن مالك عن عبد الرحمٰن بن أبي بكرة عن عمرة عن عائشة رضي الله عنها قالت: أنا فتلت قلائد هدي رسول الله ﷺ بيدي ثم قلدها رسول الله ﷺ ثم بعث بها مع أبي فلم يحرم على رسول الله ﷺ شيء أحله الله له حتى نحر الهدي[(٤)] فكان هدي رسول الله ﷺ وضحاياه، لأنه كان بالمدينة، وأنقذها مع أبي بكر سنة تسع، وحكمها أغلظ لسوقها إلى الحرم، فلما لم يحرم على نفسه شيئاً كان غيره أولى إذا ضحى في غير الحرم، ويدل على ذلك ما

---

(١) انظر الأم (٥/ ٢١٠).
(٢) تقدم تخريجه.
(٣) أخرجه الترمذي (١٥٢٣)، والنسائي (٤٣٦١)، وابن ماجه (٣١٥٠)، والحاكم (٤/ ٢٢٠).
(٤) تقدم تخريجه في الحج.

قدمناه من القياسين واستدلال أبي حنيفة علينا وهما في استدلال أبي حنيفة بهما مرفوعان بالنص، ووجب استعمال الخبرين، فنحمل الأمر به على السنة والاستحباب دون الإيجاب بدليل الخبر الآخر، فلا يكون واحد منهما مطرحاً.

فصل:

فإذا ثبت أنه سنة ففي قوله: «فلا يمس من شعره ولا بشره شيئاً» تأويلان ذكرهما الشافعي:

أحدهما: أنه أراد بالشعر شعر الرأس، وبالبشرة شعر البدن، فعلى هذا لا يكره تقليد الأظفار.

والثاني: أنه أراد بالشعر شعر الرأس والبدن، وبالبشرة تقليم الأظفار، وتكون السنة في تركه لأخذ شعره وأظفاره سواء، وأخذه لهما معاً مكروهاً، ولا يكره له الطيب واللباس، اقتصاراً على ما ورد به الخبر، واختلف أصحابنا في أول زمان الكراهة لأخذ شعره وبشره بعد استهلال ذي الحجة على وجهين:

أحدهما: إذا غرم على أن يضحي ولم يعينها كره له أن يمس من شعره وبشره حتى يضحي.

والثاني: أنه لا يكره له حتى يشتريها أو يعينها من جملة مواشيه، فيكره له بالشراء والتعيين.

أخذ شعره وبشره ولا يكره بالعزم والنية قبل التعين، والله أعلم.

مسألة[1]:

قَالَ الشَّافِعِيُّ: «فَإِذا ضَحَّى الرَّجُلُ في بَيْتِهِ فَقَدْ وَقَعَ ثُمَّ اسْمُ أُضْحِيَّةٍ».

قال في الحاوي: ويقال ضحية وأضحية وأضحاة والضحايا، جمع ضحية، والأضاحي والهدايا من جمع وفرق فيجتمعان من وجهين، ويفترقان من وجهين:

فأما الوجهان في الجمع بينهما: فهو أنهما معاً مسنونتان غير واجبتين.

والثاني: أن له أن يأكل منها ويتصدق ويطعم الأغنياء وأما الوجهان في الفرق: فهو أن محل الهدايا في الحرم، موضع الضحايا في موضع المضحي.

والثاني: أنه يمنع من إخراج لحوم الهدايا من الحرم، وإن جاز له ادخاره فيه، ولا يمنع من إخراج لحوم الضحايا عن بلد المضحي.

فإذا تقرر هذا جاز للمضحي أن يضحي في بيته تكتب في الوسط غير بيته سراً وجهراً، وإذا ضحى بشاة أقام بها السنة، وإن كثر أهله ولا يؤمر أن يضحي عن كل واحد

---

(١) انظر الأم (٥/ ٢١١).

منهم، وإن وجبت زكاة الفطر عن كل واحد منهم، لأنهم مشتركون في أكل الأضحية فعمت، وليس لهم في الزكاة حق فحصت.

مسألة[(١)]:

قَالَ الشَّافِعِيُّ: «قَالَ: وَيَجُوزُ فِي الضَّحَايَا الجَذَعُ مِنَ الضَّأْنِ وَالثَّنِيُّ مِنَ الإِبِلِ وَالبَقَرِ وَالمَعْزِ، وَلَا يَجُوزُ دُونَ هَذَا مِنَ السِّنِّ».

قال في الحاوي: أما الضحايا فلا تجوز إلا من النعم لأمرين:

أحدهما: قول الله تعالى: ﴿أُحِلَّتْ لَكُم بَهِيمَةُ ٱلْأَنْعَٰمِ﴾ [المائدة: ١].

والثاني: أنه لما اختصت بوجوب الزكاة اختصت الأضحية، لأنها قربة والنعم هي: الإبل والبقر والغنم، قال الشافعي: هم الأزواج الثمانية التي قال الله تعالى: ﴿ثَمَٰنِيَةَ أَزْوَٰجٍ مِّنَ ٱلضَّأْنِ ٱثْنَيْنِ وَمِنَ ٱلْمَعْزِ ٱثْنَيْنِ﴾ [الأنعام: ١٤٣] يعني ذكراً وأنثى فاختص هذه الأزواج الثمانية من النعم بثلاثة أحكام:

أحدها: وجوب الزكاة فيها.

والثاني: اختصاص الأضاحي بها.

والثالث: إباحتها في الحرم والإحرام وفي تسميتها نعماً وجهان:

أحدهما: لنعومة وطأها إذا مشت حتى لا يسمع لأقدامها وقع.

والثاني: لعموم النعمة فيها في كثرة الانتفاع بألبانها ونتاجها.

فإذا تقرر أن الضحايا بالإبل والبقر والغنم دون ما عداها من جميع الحيوان فأسنان ما يجوز في الضحايا منها معتبرة ولا يجزىء دونها، وقد أجمعنا على أنه لا يجزىء ما دون الجذاع من جميعها ولا يلزم ما فوق الثنايا من جميعها، واختلفوا في الجذاع والثنايا على ثلاثة مذاهب:

أحدها: وهو قول عبد الله بن عمر والزهري أنه لا يجزىء منها إلا الثنايا من جميعها ولا يجزىء الجذع من الضأن كما لا يجزىء الجذع من المعز.

والثاني: ـ وهو قول عطاء والأوزاعي أنه يجزىء الجذع من جميعها حتى من الإبل والبقر والمعز كما يجزىء الجذع من الضأن.

والثالث: وهو قول الشافعي وأبي حنيفة ومالك والجمهور من الفقهاء ـ أنه لا يجزىء من الإبل والبقر والمعز إلا التي دون الجذع ويجزىء من الضأن وحده الجذع.

والدليل على ذلك ما رواه جابر بن عبد الله عن النبي ﷺ أنه قال: «لا تذبحوا إلا مسنة إلا أن تعسر عليكم فتذبحوا جذعة من الضأن»[(٢)].

---

(١) انظر الأم (٥/ ٢١١).

(٢) أخرجه مسلم (١٩٦٣)، وأبو داود (٢٧٩٧)، والنسائي (٤٣٧٨)، وابن ماجه (٣١٤١)، وأحمد (٣/ ٣١٢).

فدل هذا الخبر على اعتبار المسن من غير الضأن والجذع من الضأن، وليس ذلك شرطاً في الاعتبار، لما روى زيد بن خالد الجهني قال: «قسم رسول الله ﷺ في أصحابه ضحايا فأعطاني عنزاً ذا جذع فرجعت إليه فقلت: إنه جذع فقال: «ضحّ به فضحيت به»[(١)].

وروي عن سعيد بن المسيب عن عقبة بن عامر قال: «سألت رسول الله ﷺ عن الجذع من الضأن فقال: ضحّ به»[(٢)] وروي عن ابن عباس قال: جلبت غنماً جذاعاً إلى المدينة فكسدت عليَّ فلقيت أبا هريرة فقال: سمعت رسول الله ﷺ يقول: «نعم الأضحية الجذع من الضأن قال: فانتهبها الناس»[(٣)]. والدليل على أن الجذع من المعز لا يجزىء ما رواه الشافعي عن سعيد بن المسيب عن ابن خباب عن يزيد عن البراء بن عازب قال: خطب رسول الله ﷺ يوم العيد، فقال: «إن أول نسك يومكم هذه الصلاة فقام إليه خالي أبو بردة، فقال: يا رسول الله كان يوماً يشتهر فيه اللحم، وإنا عجلنا فذبحنا، فقال رسول الله ﷺ: «فأبدلها»، قال: يا رسول الله إن عندنا ماعزاً جذعاً فقال: «هي لك وليست لأحد بعدك»[(٤)].

فدل على أن الجذع من المعز لا يجزىء غيره، وفي تخصيص النبي ﷺ لأبي بردة بإجزائها عنه وجهان:

أحدهما: لأنه كان قبل استقرار الشرع فاستثنى.

والثاني: أنه علم من صدق طاعته وخلوص نيته ما ميزه عمن سواه، واختلفوا هل كان ذلك من رسول الله ﷺ عن اجتهاد رأيه أو عن وحي من الله تعالى؟ على وجهين:

فصل:

فإذا تقرر ما ذكرنا في أسنان الضحايا فالثني من الإبل ما استكمل خمس سنين، ودخل في السادسة، وروى حرملة عن الشافعي أنه ما استكمل ستاً، ودخل في السابعة، وليس هذا قولاً ثانياً يخالف الأول كما وهم فيه بعض أصحابنا ولكن ما رواه الجمهور عنه هو قول أهل اللغة إخباراً عن ابتداء سن الثني، وما رواه حرملة إخباراً عن ابتداء سن الثني، وما رواه حرملة إخباراً عن انتهاء سن الثني، وأما الثني من البقر فهو ما استكمل سنتين. ودخل في الثالثة، وروى حرملة ما استكمل ثلاثاً، ودخل في الرابعة، وتأويله ما ذكرناه وأما الثني من المعز فهو: ما استكمل سنة ودخل في الثانية، وروى حرملة ما استكمل سنتين، وتأويله ما ذكرناه، وأما الجذع من الضأن والمعز فهو ما استكمل ستة أشهر ودخل في الشهر السابع، وروى حرملة ما استكمل سنة وتأويله ما ذكرناه.

---

(١) أخرجه البيهقي في «الكبرى» (١٩٠٦٤). (٢) أخرجه البخاري (٢٣٠٠)، ومسلم (١٩٦٥).
(٣) أخرجه الترمذي (١٤٩٩)، والبيهقي في «الكبرى» (١٩٠٧٤).
(٤) تقدم تخريجه.

مسألة:

قَالَ[١] الشَّافِعِيُّ: «وَالإِبِلُ أَحَبُّ إِلَيَّ أَنْ يُضَحَّى بِهَا مِنَ البَقَرِ وَالبَقَرِ مِنَ الغَنَمِ وَالضَّأْنُ أَحَبُّ إِلَيَّ مِنَ المَعْزِ».

قال في الحاوي: أفضل الضحايا الثني من الإبل، ثم الثني من البقر، ثم الجذع من الضأن، ثم الثني من المعز.

وقال مالك: الجذع من الضأن أفضلها، لما روي عن النبي ﷺ أنه قال: «أفضل الذبح الجذعة من الضأن، ولو علم الله خيراً منها لفدى به إسحاق، ولأنها أطيب لحماً وأشهى إلى النفوس فكانت أفضل».

ودليلنا قوله تعالى: ﴿وَٱلْبُدْنَ جَعَلْنَٰهَا لَكُم مِّن شَعَٰٓئِرِ ٱللَّهِ لَكُمْ فِيهَا خَيْرٌ﴾ [الحج: ٣٦]. روي عن النبي ﷺ أنه قال: «أكرموا الإبل فإن فيها رقو الدم».

وروى جابر أن النبي ﷺ قال: «لا تذبحوا إلا مسنة إلا أن تعسر عليكم فتذبحوا جذعة من الضأن»، ولأن الواحد من الإبل عن سبعة فكان أفضل من جذع الضأن الذي هو عن واحد. فأما الجواب عن قوله: «أفضل الذبح الجذعة من الضأن»، فهو أنه أراد أفضل من المعز، لأنهم كانوا يضحون بالغنم ويهدون الإبل، فإذا ثبت أن الثني من الإبل أفضل فهو لمن أراد أن ينفرد بنحره، فأما إذا اشترك فيه سبعة ليكون كل واحد منهم مضحياً بسبعها كانت الجذعة من الضأن أفضل من سبعها.

مسألة[٢]:

قَالَ الشَّافِعِيُّ رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ: «وَالعَفْرَاءُ أَحَبُّ إِلَيَّ مِنَ السَّوْدَاءِ».

قال في الحاوي: وهذا صحيح، أول ما يضحى به من ألوان الغنم البيض، ثم العفر ثم الحمر، ثم البلق، ثم السواد فتكون البيض وما قاربها من الألوان أفضل من السواد لرواية يحيى بن أبي ورقة عن مولاته كبيرة بنت أبي سفيان أن النبي ﷺ قال: «أبرقوا فإن دم عفراء أذكى عند الله من دم سوداوين»[٣].

وفي قوله: أبرقوا أي ضحوا بالبرقاء وهي الشاة التي يختلط ببياض صوفها طاقات سود والعفراء التي يضرب لونها إلى البياض وليست صافية البياض، ومنه قيل للطنب العفر.

وروي أن امرأة شكت إلى رسول الله ﷺ أنه لا يبارك لها في غنمها فقال: «ما ألوانها؟ قالت: سود فقال لها: عفري» أي اخلطيها بعفر، ولأن لحوم ما خالف السواد أطيب وأصحّ.

---

(١) انظر الأم (٥/ ٢١١). (٢) انظر الأم (٥/ ٢١١).

(٣) أخرجه أحمد (٢/ ٤١٧)، والحاكم (٤/ ١٢٧٧)، والبيهقي في «الكبرى» (١٩٠٩٠).

حكى ابن قتيبة: أن مداومة أكل لحوم السواد تحدث موت الفجاءة، وقد حكى حرملة عن الشافعي في ألوان الغنم حواً، وقهباً، وحلساً، وقمراً وسفعاً ورقشاً وزبداً فالحو: هي السود التي خالطها حمرة.

والقهباء: هي البيضاء التي خالطها حمرة.

والحلساء: التي ظهرها أحمر وعنقها أسود والقمر التي في وجهها خطط بيض وسود.

والسفعاء: التي نجدها لون يخالف لونها.

والرقشاء: المنقطة ببياض وسواد والزبداء: التي اختلط سواد شعرها ببياضه كالبرشاء إلا أن البرشاء أكثر اجتماع سواد وبياض، وباقي هذه الألوان إن ضحى لم يكن فيه كراهية وإن كان ما اخترناه من الألوان أفضل، فمنها ما كان أفضل لحسن منظره، ومنها ما كان أفضل لطيب مخبره؛ فإن اجتمعا كان أفضل.

وإن افترقا كان طيب المخبر أفضل من حسن المنظر.

مسألة(١):

قَالَ الشَّافِعِيُّ: «وَزَعَمَ بَعْضُ الْمُفَسِّرِينَ أَنَّ قَوْلَ اللَّهِ جَلَّ ثَنَاؤُهُ: ﴿ذَٰلِكَ وَمَن يُعَظِّمْ شَعَٰٓئِرَ ٱللَّهِ﴾ [الحَجّ: ٣٢] اسْتِسْمَانُ الْهَدْيِ وَاسْتِحْسَانُهُ».

قال في الحاوي: اختلف المفسرون في قول الله تعالى: ﴿ذَٰلِكَ وَمَن يُعَظِّمْ شَعَٰٓئِرَ ٱللَّهِ فَإِنَّهَا مِن تَقْوَى ٱلْقُلُوبِ ﴿٣٢﴾﴾ [الحَجّ: ٣٢] [الحج: ٣٢] على ثلاثة أقاويل:

أحدها: أن شعائر الله دين الله كله، وتعظيمها التزامها، وهذا قول الحسن.

والثاني: أنها مناسك الحج، وتعظيمها استيفاؤها، وهو قول جماعة.

والثالث: أنها البدن المشعرة، وتعظيمها استسمانها، واستحسانها، وهذا قول مجاهد واختيار الشافعي وفي قوله: ﴿ٱللَّهِ لَكُمْ فِيهَا خَيْرٌ﴾ [الحَجّ: ٣٦] ثلاث تأويلات:

أحدها: أنه إخلاص القلوب.

والثاني: أنه قصد الثواب.

والثالث: أنه ما أرضى الله تعالى.

وروي أن النبي ﷺ سئل عن أفضل الرقاب، فقال: «أغلاها ثمناً وأنفسها عند أهلها»(٢).

وروي عن علي بن أبي طالب عليه السلام أنه قال: «لا تتبع إلا مسنة ولا تتبع إلا

---

(١) انظر الأم (٥/ ٢١١).

(٢) أخرجه البخاري (٣/ ١٨٨)، وأحمد (٥/ ١٧١، ٢٦٥)، وأبو عوانة (١/ ٦٢)، والطبراني في «الكبرى» (٨/ ٢٥٩)، والبيهقي في «الكبرى» (١٩٠٨١).

سمينة، فإن أكلت أكلت طيباً، وإن أطعمت طيباً»، فدل ما ذكرنا على أن أفضل الضحايا والهدايا أسمنها وأحسنها؛ فإن كانت غنماً، فأغلاها ثمناً وأكثرها سمناً وحسناً إلا أن تكون ذات لبن يزيد ثمنها لكثرة لبنها، فيكون ما نقص ثمنه إذا كان أزيد سمناً ولحماً أفضل، وأما الإبل والبقر فقد يزيد ثمنها بالعمل تارة وبالسمن أخرى، فتكون سمانها أفضل من عواملها، وإن نقصت عن أثمانها؛ لأن المقصود منها لحومها فإن كان بعضها أكثر لحماً وأقل شحماً.

وبعضها أكثر شحماً وأقل لحماً، فذات اللحم أفضل، إن لم يكن لحمها خشناً، لأن اللحم مقصود والشحم تبع وإن كان لحمها خشناً فذات الشحم أفضل؛ لأن قليل لحمها أنفع من كثير الأخرى.

مسألة[1]:

قَالَ الشَّافِعِيُّ: «وَلَا يَجُوزُ فِي الضَّحَايَا العَوْرَاءُ البَيِّنُ عَوَرُهَا وَلَا العَرْجَاءُ البَيِّنُ عَرَجُهَا وَلَا المَرِيضَةُ البَيِّنُ مَرَضُهَا وَلَا العَجْفَاءُ الَّتِي لا تُنَقَّى».

قال في الحاوي: وأصل هذا ما رواه عن مالك عن عمرو بن الحارث عن عبيد بن فيروز عن البراء بن عازب أن رسول الله ﷺ سئل عن ماذا ينتفى من الضحايا، فأشار بيده، وقال أربع وكان البراء يشير بيده ويقول: يدي أقصر من يد رسول الله ﷺ العرجاء البين ضلعها، والعوراء البين عورها، والمريضة البين مرضها والعجفاء التي لا تنقى[2]، فهذه أربع تضمنها الخبر منعت من جواز الأضحية. **منها**: العرجاء البين ضلعها، والعرج فيها مانع من جواز الأضحية سواء كان في يد، أو رجل للخبر، ولأنها تقصر بالعرج عن لحوق غيرها في المرعى فتقل لحماً؛ ولأنه عيب يوكس ثمنها، وإذا لم تجزىء العرجاء فالقطعاء أولى فإن كان عرجها يسيراً نظر فيه فإن قصرت به عن لحوق الصحاح في المشي والسعي كان عرجاً بيناً لا يجزىء، وإن لم تقصر به عن الصحاح أجزأت.

فصل:

ومنها: العوراء البين عورها لا يجوز الأضحية بها للنص، ولأنه قد أذهب عضواً مستطاباً من رأسها؛ ولأنها تقصر بالعور في الرعي فيقل لحمها ولأنه موكس لثمنها وسواء لحقها العور فأذهب العين أو كانت باقية ولا تبصر بها فإنها البين عورها.

قال الشافعي: وأقل العور البياض الذي يغطي الناظر فإن غطى ناظرها ببياض أذهب بعضه وبقي بعضه نظر؛ فإن كان الذاهب من ناظرها أكثر لم تجزىء وإن كان

---

(١) انظر الأم (٥/ ٢١١).

(٢) أخرجه مالك في «الموطأ» (٢/ ٤٨٢)، وأحمد (٤/ ٣٠٠)، وأبو داود (٢٨٠٢)، والترمذي (١٤٩٧)، والنسائي (٤٣٦٩)، وابن ماجه (٣١٤٤)، وابن حبان (٥٨٨٩)، والحاكم (٤/ ٢٢٣)، والبيهقي في «الكبرى» (١٩٠٩٤).

الذاهب أقل أجزأت.

وإذا لم تجزىء العوراء فالعمياء أولى ألا تجزىء.

وقال بعض أهل الظاهر: يجوز الأضحية بالعمياء لورود النص على العوراء، وهذا من زلل المقصرين؛ لأن العمى متضعف من العور فهي عوراوان، وقد روي عن النبي ﷺ: «أنه نهى عن البخقاء»[1]، وهي العمياء التي قد انتجفت عيناها فأما الأضحية بالحولاء والقمتاء فجائز.

فأما الأضحية بالعشواء التي تبصر نهاراً ولا تبصر ليلاً، فالصحيح أن الأضحية بها جائزة، لأنها تبصر في زمان الرعي وعينها مع العشاء باقية، فلم يؤثر عدم النظر في زمان الدعة.

وفيها وجه آخر لبعض البصريين: أنها لا تجزىء، لأنها في أحد الزمانين غير ناظرة فكان نقصاً مؤثراً.

فصل:

ومنها المريضة البين مرضها، لأن مرضها مع الخبر قد أوكس ثمنها، وأفسد لحمها، وأضعف راعيتها، وهو ضربان:

أحدهما: ما ظهر من آثاره في اللحم كالجرب، والبثور، والقروح، فقليله وكثيره سواء في المنع من الأضحية، وسواء كان زواله مرجواً أو غير مرجو لوجوده في حال الذبح.

والثاني: ما لم تظهر آثاره كالمرض الكادي لشدة حرّ أو برد فإن كان كثيراً منع وإن كان يسيراً، فقد أشار الشافعي في القديم إلى حظره، وفي الجديد إلى جوازه، فصار على قولين، فأما الهيام وهو من داء البهائم وذلك أن يشتد عطشها حتى لا ترتوي من الماء فقليله وكثيره مانع؛ لأنه داء مؤثر في اللحم.

فصل:

ومنها العجفاء التي لا تنقى والعجفة فرط الهزال المذهب للحم، والتي لا تنقى، والتي لا مخ لها للعجف الذي بها، والنقا هو المخ.

قال الشاعر[2]:

أَذَابَ اللَّهُ نِقْيَكِ فِي السُّلَامَى ... عَلَى مَنْ بِالحَنِينِ تُعَوِّلِينَا

فإن كان العجف الذي بها قد أذهب نقيتها لم يجز الأضحية بها سواء كان العجف خلقة أو مزمناً، وإن لم يذهب نقيها نظر، فإن كان عجفها لمرض لم تجزىء، وإن كان

---

(١) أخرجه أبو داود (٢٨٠٣)، والحاكم (٤/ ٢٢٥)، والبيهقي في «الكبرى» (١٩١٠١).

(٢) البيت من الوافر، وهو بلا نسبة في جمهرة اللغة (ص٨٥٩)، مقاييس اللغة (٢/ ٤٦٥).

خلقه أجزأت؛ لأنه في المرض داء وفي الخلقة غير داء.

فصل:

وقد روي في النواهي غير حديث البراء، فروى الشافعي عن سفيان عن أبي إسحاق الهمذاني، عن شريح بن النعمان، عن علي عليه السلام عن النبي ﷺ أنه قال: «لا يضحى بمقابلة ولا مدابرة ولا شرقاً ولا خرقاً»(١).

فأما المقابلة: فهي التي قطع من مقدم أذنها بشيء.

وأما المدابرة: فهي التي قطع من مؤخر أذنها شيء.

وأما الشرفاء: فالمشقوقة الأذن بالطول.

وأما الخرقاء: فالتي في أذنها ثقب مستدير، وإن كان هذا قد أذهب من الأذن شيء لم يجزىء في الضحايا؛ لأنه قد أفسد منها عضواً، وإن لم يذهب من أذنها شيء لاتصال المقطوع بها كرهت للنهي وإن أجزأت.

وقال بعض أصحابنا: لا يجزىء مع اتصال المقطوع بها لأنه بالقطع قد فسد، وإن كان متصلاً، فصار في حكم المنفصل فصار نقص الأذن ثلاثة أضرب:

أحدها: ما منع من جواز الأضحية، وهو ما أذهب بعضها.

والثاني: ما لم يمنع منها، وهو ما لم يذهب شيئاً منها.

والثالث: ما اختلف فيه، وهو ما قطع فاتصل، ولد ينفصل.

وقيل: لا يمنع من الأضحية وإن قطع جميعها لأن الأذن غير مأكول.

وقال سعيد بن المسيب، والحسن البصري: إن قطع أقل من النصف أجزأت وإن قطع النصف فما زاد لم تجز وهذا مخالف لنص الخبر، وقد روى علي بن أبي طالب أن النبي ﷺ نهى عن الأضحية بالجدعاء، وهي المقطوعة الأذن، وقال: أمرنا رسول الله ﷺ أن نستشف العين والأذن أي تكشف، وروى: «نستشرف» أي نطالع وننظر ولأن الأذن عضو فوجب أن يكون قطعه مؤثراً إذا لم يكن مستخلفاً كسائر الأعضاء، فأما التي خلقت لا أذن لها قال الشافعي في الجديد: لا تجوز الأضحية بها لأنه نقص عضو من خلقتها، وقد روى حرملة عن الشافعي في صفات الأذن الصمعاء والمصعاء والعرقاء، والقصواء، فالصمعاء، الصغيرة الأذن والمصعاء الممايلة الأذن لكبرها، والعرقاء المرتفعة الأذن إلى قرنها والقصواء المقطوعة الأذن بالعرض، فيجوز الأضحية بجميعها إلا بالقصواء لنقص الأذن فيها وسلامتها في غيرها.

ثم هكذا المقطوعة الذنب لا يجوز الأضحية بها لنقص عضو منها وقد روي عن النبي ﷺ أنه: «نهى عن الأضحية بالبتراء» وهي المقطوعة الذنب، وهكذا المخلوقة لا

---

(١) أخرجه أبو داود (٢٨٠٤)، والترمذي (١٤٩٨)، والنسائي (٤٣٧٠)، وابن ماجه (٣١٤٢)، وأحمد (١/ ٨٥)، والحاكم (٤/ ٢٢٢)، والبيهقي في «الكبرى» (١٩١٠٢).

ذنب لها لا تجوز الأضحية بها.

ولا تجوز الأضحية بالمقطوعة الإلية وتجوز الأضحية بالتي خلقت من غير إلية لأن المعزى لا ألايا لها، وهي في الضحايا كالضأن.

فأما التي انقطع ساقها وأثر في أكلها ورعيها فلا تجوز الأضحية بها، وإن لم يؤثر ما قطع في أكل ولا رعي جاز.

فصل:

روى يزيد أبو حفص عن عتبة بن عبد السلمي أن النبي ﷺ: «نهى عن الضحايا بالمصفرة والمستأصلة البخقاء والمشيقة».

فأما المصفرة: فهي الهزيلة التي قد اصفر لونها من الهزال، **وأما المستأصلة**: فهي المقطوعة الأذن من أصلها، **وأما البخقاء**: فهي العمياء التي نجفت عينها وأما المشيقة فهي المتأخرة عن الغنم لعجف، أو عرج حتى يشبعها الراعي بضربها حتى تلحق.

والضحايا بهذا كله لا تجوز لما قدمنا من معنى المنع وهو واحد من أمرين إما ما أفقد عضواً وإما ما أفسد لحماً، ولا يمنع ما عداهما، وإن ورد فيه نهي كان محمولاً على الاستحباب دون الإجزاء، والله أعلم.

مسألة[١]:

قَالَ الشَّافِعِيُّ رَحِمَهُ اللَّهُ: «وَلَيْسَ فِي القَرْنِ نَقْصٌ فَيُضَحَّى بِالجَلْحَاءِ وَالمَكْسُورَةِ القَرْنِ أَكْبَرُ مِنْهَا دَمِيَ قَرْنُهَا أَوْ لَمْ يَدْمَ وَلَا تُجْزِىءُ الجَرْبَاءُ لأَنَّهُ مَرَضٌ يُفْسِدُ لَحْمَهَا».

قال في الحاوي: وهذا كما قال فقد القرن في البقر والغنم لا يمنع من جواز الضحايا خلقة وبحادث، فتجوز الأضحية بالجلجاء وهي الجماء التي خلقت لا قرن لها وبالعضباء، وهي المكسورة القرن سواء دمي موضع قرنها بالكسر أو لم يدم.

وقال إبراهيم النخعي: فقد القرن مانع من جواز الأضحية خلقة وكسراً، فلا يجوز أن يضحي بجلجاء ولا عضباء.

وقال مالك: تجوز الأضحية بالجلجاء، ولا تجوز بالعضباء إذا دمي موضع قرنها واستدل النخعي بما روي عن النبي ﷺ أنه «نهى عن الأضحية بالعضباء»[٢] ودليلنا: ما قدمناه من معنى المنع، وهو ما أفقد عضواً مأكولاً، أو فسد لحماً مقصوداً، وليس في فقد القرن واحد من هذين الأمرين، فلم يمنع فكان النهي محمولاً على الكراهة دون التحريم، كما روي أنه «نهى عن الأضحية بالقرناء أفضل على أن الشافعي قد روى عن علي بن أبي طالب عليه السلام أن النبي ﷺ «ضحى بعضباء الأذن»[٣].

---

(١) انظر الأم (٥/ ٢١١).
(٢) أخرجه النسائي (٤٣٧٧).
(٣) أخرجه أبو داود (٢٨٠٥).

وحكي عن سعيد بن المسيب: أن العضباء إذا قطع منها النصف فما فوقه، فصار المراد به نصاً قطع الأذن دون القرن ومن أعجب ما يقول مالك: أنه يمنع من الأضحية بالمسكورة القرن ويجوز الأضحية بالمقطوعة الأذن والقرن غير مأكول والأذن مأكولة.

مسألة(١):

قَالَ الشَّافِعِيُّ: «وَلَا وَقْتَ للذَّبحِ يَوْمَ الأَضْحَى إِلَّا فِي قَدْرِ صَلَاةِ النَّبِيِّ ﷺ وَذَلِكَ حِينَ حَلَّت الصَّلَاةُ وَقَدْرُ خُطْبَتَيْنِ خَفِيفَتَيْنِ وإِذَا كَانَ هَذَا القَدْرُ فَقَدْ حَلَّ الذَّبْحُ لكُلِّ أَحَدٍ حَيْثُ كَانَ فَأَمَّا صَلَاةُ مَنْ بَعْدَهُ فَلَيْسَ فِيهَا وَقْتٌ».

قال في الحاوي: اختلف الفقهاء في أول وقت الأضحية على أربعة مذاهب:

أحدها: وهو مذهب الشافعي أن أول وقتها في الأمصار والقرى للحاضر والمسافر واحد، وهو معتبر بوقت الصلاة لا بفعلها، فإذا طلعت الشمس وارتفعت حتى خرجت عن كراهة التنقل بالصلاة ومضى بعد ذلك قدر ركعتين وخطبتين دخل وقت النحر، جاز ذبح الأضحية فيه سواء صلى الإمام في المصر أو لم يصل.

واختلف أصحابنا في تقدير زمان الركعتين والخطبتين على وجهين:

أحدهما: أن الركعتين من صلاة النبي ﷺ في العيد وخطبتيه فإنه كان يقرأ في الأولى بعد الفاتحة بسورة «ق» وفي الثانية بسورة «اقتربت» وكان يخطب خطبتين يستوفي فيها التحميد والمواعظ وبيان الأضاحي والوصية بتقوى الله تعالى، وقراءة آية، فيكون اعتبار وقت صلاته وخطبتيه هو المشروط في دخول الوقت.

والثاني: أن يعتبر بأقل ما يجزىء في صلاة ركعتين، وأقل ما يجزىء في خطبتين ولا اعتبار بما كانت عليه صلاة رسول الله ﷺ فإنه كان يطيل مرة، ويخفف أخرى، ويقدم تارة ويؤخر أخرى، وإنما الاعتبار بتحديد مشروع لا يختلف.

ثم اختلف أصحابنا بعد هذا، هل كان وقتها على عهد رسول الله ﷺ في اعتبار قدر صلاة يحكمها فيمن بعده من الأئمة على وجهين:

أحدهما: على أن الحكم فيهما سواء.

والثاني: في أنه عهد النبي ﷺ معتبر بصلاته، وفي عهد من بعده معتبر بقدر الصلاة. فهذا شرح مذهب الشافعي وأصحابه فيه.

والثاني: وهو قول أبي حنيفة: أنه معتبر في الأمصار بصلاة الأئمة فيها، وفي القرى والأسفار معتبر بطلوع الفجر، فإن ضحى أهل الأمصار قبل صلاة الأئمة كان شاة لحم ولم تكن أضحية.

والثالث: وهو قول مالك أنه في الأمصار معتبر بصلاة الإمام ونحره وفي القرى

---

(١) انظر الأم (٥/٢١١).

والأسفار معتبر بصلاة الأئمة في أقرب البلاد بهم، فإن ذبح أهل الأمصار قبل ذبح الإمام كانت شاة لحم ولم تكن أضحية.

والرابع: وهو قول عطاء أنه في وقت جميع الناس معتبر بطلوع الشمس من يوم النحر، واستدل من ذهب إلى قول أبي حنيفة ومالك برواية البراء بن عازب أن النبي ﷺ قال: «لا ذبح قبل صلاة الإمام».

وبرواية جرير بن عبد الله البجلي قال: شهدت العيد مع رسول الله ﷺ فعلم أن ناساً ذبحوا قبل الصلاة، فقال رسول الله ﷺ: «من كان منكم ذبح قبل الصلاة فليعد ذبيحته ومن لم يذبح فليذبح على اسم الله»(١).

قالوا: وتقديرها بفعل الصلاة يقين وتقديرها بزمان الصلاة اجتهاد، فكان اعتبار وقتها باليقين أولى من اعتباره بالاجتهاد؛ ولأن تقديرها بالفعل متفق عليه، وبالزمان مختلف فيه والأخذ بالاتفاق أولى من العمل بالاختلاف.

ودليلنا ما رواه الشافعي عن عبد الوهاب بن عبد المجيد، عن داود بن أبي هند، عن الشعبي عن البراء بن عازب أن رسول الله ﷺ قام يرمي النحر خطيباً فحمد الله وأثنى عليه، ثم قال: «لا يذبحن أحد حتى يصلي» فقام خالي فقال: يا رسول الله هذا يوم اللحم فيه مكروه وإني ذبحت نسيكتي فأطعمت أهلي وجيراني، فقال له رسول الله ﷺ: قد فعلت فأعد ذبحاً آخر قال: عندي عناق لبن هي خير من شاتي لحم، فقال: «هو خير نسيكتيك لن تجزىء جذعة عن أحد بعدك»(٢).

فموضع الدلالة فيه: أنه علق التحريم بصلاة المضحي لا بصلاة الإمام والمضحي يجوز أن يصلي العيد منفرداً وليس يعتبر فعله للصلاة اتفاقاً، فدل على أنه أراد وقت الصلاة.

ومن القياس: أن كل عبادة تعلقت في حق أهل القرى تعلقت بالوقت في حق أهل الأمصار، كالصلاة طرداً والكفارات عكساً؛ ولأن كل ما كان وقتاً للذبح في حق أهل القرى، كان وقتاً للذبح في حق أهل الأمصار، كما بعد الصلاة طرداً وعكسه دلالة عليهم في أهل القرى أن كل ما لم يكن وقتاً لذبح أهل الأمصار لم يكن وقتاً لذبح أهل القرى، كما قبل الفجر؛ ولأن ما توفت من العبادات إذا تقدر آخره بالوقت تقدر أوله بالوقت كالصلاة طرداً أو الزكاة عكساً؛ ولأن أحد طرفي زمان الذبح، فوجب أن يكون مقدراً بالوقت كالطرف الأخير.

فأما الجواب عن قوله: «لا ذبح قبل صلاة الإمام» فمن وجهين:

أحدهما: أن الإمام رسول الله ﷺ وقد مضى، فوجب أن يعتبر وقت صلاته وهو ما قلناه.

---

(١) تقدم تخريجه.

(٢) تقدم تخريجه.

والثاني: أن المراد به قبل وقت الصلاة الإمام كما قال: «من أدى ركعة من العصر قبل أن تغرب الشمس فقعد أدرك العصر»[١].

يريد: من أدرك ركعة من وقت العصر وإنما جعلناه على أحد هذين الجوابين في حق أهل المصر كما عدلوا به عن ظاهر حق أهل القرى، وكذلك الجواب عن الحديث الآخر.

وأما الجواب عن قولهم إن اعتبارها بفعل الصلاة يقين وبزمانها اجتهاد فهو أن اعتبارها بزمان الصلاة أولى؛ لأنه يتماثل ولا يختلف وبفعل الصلاة يختلف. وأما الجواب عن قولهم: إنه متفق عليه، فهو أن دلائل الشرع هي المعتبرة دون المذاهب المتعدة؛ لحدوث المذاهب عن الأدلة فلم يجز أن يجعل المذاهب أدلة.

وأما الجواب عن صلاة الظهر في يوم الجمعة فهو أن فعلها معتبر بفوات الجمعة، ولذلك تعلق بفوات فعلها دون وقتها، وليس وقت الأضحية بمثابتها، وعلى أنهما يتساويان إذا لم يصل العيد، ولم يصل الجمعة جاز ذبح الأضحية وجازت صلاة الظهر، ولو تعلقا في وقتها بفعل الصلاة لم تجزىء إذا لم تقم الصلاة، والله أعلم.

مسألة[٢]:

قَالَ الشَّافِعِيُّ: «وَالذَّكَاةُ فِي الحَلْقِ وَاللَّبَّةِ وَهِيَ مَا لَا حَيَاةَ بَعْدَهُ إِذَا قُطِعَ وَكَمَالَهَا بِأَرْبَعٍ: الحُلْقُومُ وَالمَرِيءِ وَالوَدْجَيْنِ وَأَقَل مَا يُجزِىءُ مِنَ الذَّكَاةِ أَنْ يَبِينَ الحُلْقُوم وَالمَرِيءِ وَإِنَّمَا أُرِيدَ بِفَرْيِ الأَوْدَاجِ لأَنَّهَا لَا تُفْرِي إِلَّا بَعْدَ قَطْعِ الحُلْقُومِ وَالمَرِيءِ وَالوَدْجَانِ عِرْقَانِ قَدْ يَنْسُلَانِ مِنَ الإِنْسَانِ وَالبَهِيمَةِ ثُمَّ يَحْيَا».

قال في الحاوي: أما الذكاة في اللغة فقد ذكرنا أن فيها ثلاثة أوجه:

أحدها: أنها التطييب من قولهم: رائحة ذكية أي طيبة فسمي بها ذبح الحيوان؛ لما فيه من تطييب أكله.

والثاني: أنها القطع فسمي بها ذبح الحيوان لقطعه.

والثالث: أنها القتل فسمي بها ذبح الحيوان لقتله، والذكاة حالتان: كمال، وإجزاء.

فأما حال الكمال فيكون بقطع أربعة: الحلقوم والمريء والودجين، فأما الحلقوم فهو مجرى النفس في مقدم الرقبة وأما المريء فهو مجرى الطعام والشراب يلي الحلقوم، وبهما توجد الحياة، وبفقدهما تفقد الحياة، وأما الودجان فهما عرقان في جنبي العنق من مقدمة، ولا تفوت الحياة بفواتهما.

قال الشافعي: لأنهما قد ينسلان من الإنسان والبهيمة ثم يحييان، والودجان اسم

---

(١) تقدم تخريجه.

(٢) انظر الأم (٥/ ٢١١، ٢١٢).

لهما في البهيمة ويسميان في الإنسان والوريدان، ومنه قوله تعالى: ﴿وَنَحْنُ أَقْرَبُ إِلَيْهِ مِنْ حَبْلِ الْوَرِيدِ﴾ [ق: ١٦] ولكن لما ذكره الشافعي في الإنسان والبهيمة سماه فيهما باسم واحد إفهاماً للعامة فهذا حال الكمال في الذكاة بقطع هذه الأربعة:

وأما حال الجواز فقد اختلف الفقهاء فيه على أربعة مذاهب:

أحدها: وهو مذهب الشافعي أن إجزاء الذبح بقطع الحلقوم والمريء دون الودجين، فإن قطع الحلقوم والمريء واستثنى الودجين حل الذبح، وإن كان استبقاء الودجين بعد قطع الحلقوم متعززاً لا يتكلف؛ لأنهما يكتنفان الحلقوم والمريء من جانبهما، فإن تكلف واستبقاهما جاز.

والثاني: وهو قول مالك أنه لا يحل الذبح إلا بقطع الأربعة كلها، فإن استبقى منها شيئاً لم تحل.

والثالث: وهو قول أبي حنيفة أنه لا تحل الذبيحة إلا بقطع أكثر الأربعة كلها إذا قطع من كل واحد منهما أكثره وترك أقله حلّ فإن ترك منها واحداً لم يقطع أكثره لم تحل.

والرابع: وهو قول أبي يوسف لا تحل إلا بقطع أكثرها عدداً وهو الحلقوم والمريء وأحد الودجين احتجاجاً برواية أبي أمامة أن النبي ﷺ قال: «ما فري الأوداج فكلوا ما لم يكن قرض ناب أو حز طعن»[١] فجعل فري الأوداج شرطاً في الإباحة، ولأن مخرج الدم من الأوداج، فكان قطعها أخص بالذكاة ودليلنا ما رواه الشافعي عن سفيان عن عمرو بن شعيب عن أبيه عن جده، عن عباية بن رفاعة عن رافع بن خديج، قال: «قلنا: يا رسول الله إنا ملاقو العدو غداً أفنذكي بالليطة» فقال رسول الله ﷺ: «ما أنهر الدم وذكر اسم الله عليه فكلوه إلا ما كان من سن أو ظفر فإن السن عظم من الأسنان والظفر مدي الحبشة»[٢]. فاعتبرها بما أنهر الدم، وقطع الحلقوم والمريء منهر للدم، فتعلق به الإجزاء، ولأن مقصود الذكاة فوات النفس بأخف ألم، لرواية شداد بن أوس أن النبي ﷺ قال: «إن الله كتب على كل شيء الإحسان، فإذا قتلتم فأحسنوا القتلة وليحد أحدكم شفرته وليرح ذبيحته»[٣] والأسهل في فوات الروح انقطاع النفس، وهو بقطع الحلقوم أخص، وبقطع المريء، لأنه مسلك الجوف، وليس بعد قطعهما حياة، والودجان قد يسلان من الإنسان والبهيمة فيعيشان، فكان اعتبار الذكاة بما لا تبقى معه حياة أولى من اعتبارهما بما تبقى معه حياة.

وأما الجواب عن قوله: «ما فري الأوداج، فكلوا» فهو أنه غير مستعمل الظاهر؛

---

(١) تقدم تخريجه. (٢) تقدم تخريجه.

(٣) أخرجه مسلم (١٩٥٥)، وأبو داود (٢٨١٥)، والترمذي (١٤٠٩)، والنسائي (٤٤٠٥)، وابن ماجه (٣١٧٠).

لأن فري الأوداج مع بقاء الحلقوم والمريء غير مبيح، فصار ظاهره متروكاً. فإن قيل: عدم الاقتصار عليه لا يمنع من دخوله في عموم الشرط.

قيل: يدخل في عموم الكمال، ولا يدخل في عموم الإجزاء.

فأما الجواب عن قولهم: إنه خص بمخرج الدم، فهو أن المقصود بالذكاة خروج الروح وخروجها بانقطاع النفس من الحلقوم وخروج الدم تابع.

فصل:

فإذا تقرر أن إجزاء الذكاة يكون بقطع الحلقوم والمريء لم تصح الذكاة بقطع أحدهما، ووهم بعض أصحابنا وأحسبه أبا سعيد الإصطخري، فأباح الذكاة بقطع أحدهما لفقد الحياة بقطعه، وهذا زلل منه خالف به نص الشافعي، ومعنى الذكاة أن المقصود بها ما عجل التوجية من غير تعذيب وفي قطع أحدهما إبطال للتوجية وتعذيب للنفس فلم تصح به الذكاة.

وأما إذا قطع بعض الحلقوم والمريء فإن قطع أقلهما لم تحل الذكاة وإن قطع أكثرهما ففي إحلالها وجهان:

أحدهما: وهو الظاهر من مذهب الشافعي: أنها لا تحل؛ لأنه يصير مقتصراً على أقل الأربعة.

والثاني: أنها تحل؛ لأن قطع أكثرها يقوم في فوات الحياة مقام جميعها فأما إن قطع الودجين دون الحلقوم والمريء لم تحل وقد روى أبو هريرة أن رسول الله ﷺ: «نهى عن شريطة الشيطان»[1] وهو الاقتصار على قطع الودجين في انهمار الدم مأخوذ من شرطة الحجام.

مسألة[2]:

قَالَ الشَّافِعِيُّ: «وَمَوْضِعُ النَّحْرِ فِي الاخْتِيَارِ فِي السَّنَةِ فِي اللَّبَةِ، وَمَوْضِعُ الذَّبْحِ فِي الاخْتِيَارِ فِي السَّنَةِ أَسْفَلُ مَجَامِعِ اللَّحْيَيْنِ فَإِذَا نَحرتَ بَقَرَةٌ أَوْ ذُبِحَ بَعِيرٌ فَجَائِزٌ».

قال في الحاوي: اعلم أن السنة في الإبل النحر في الثغرة، وهو عند الله في موضع الصدر؛ لأنه أرق وأوحى، والسنة في البقر والغنم الذبح في أسفل مجامع اللحيين، وأعلى العنق؛ لأنه أرق وأوحى فيكون النحر قطع الحلقوم والمريء من أسفل العنق والذبح قطع الحلقوم والمريء من أعلى العنق، فصار قطع الحلقوم والمريء معتبراً فيهما، وإن اختلف محل قطعهما بالسنة وتعجيل التوجية، فإن خالف فذبح ما ينحر من الإبل، ونحر ما يذبح من البقر والغنم أجزأ، وأساء. وقال مالك: إن ذبح ما ينحر من

---

(١) أخرجه البيهقي في «الكبرى» (١٩١٢٥).

(٢) انظر الأم (٥/٢١٢).

الإبل حل، وإن نحر ما يذبح من البقر والغنم حرم، والدليل على جواز الأمرين قول الله تعالى: ﴿إِلَّا مَا ذَكَّيْتُمْ﴾ [المائدة: ٣] ولم يخص. وروي عن النبي ﷺ أنه قال: «الذكاة في الحلق واللبة»[١]. فكان على عمومه، ولأن الذبح قطع الحلقوم والمرىء من أعلاهما والنحر قطع الحلقوم والمرىء من أسفلهما فاستوى حكم قطعهما في المحلين؛ ولأن ما حل بالذبح حلّ بالنحر كالإبل؛ ولأن ما حلت به الإبل حلت به البقر كالذبح، فأما إذا قطع ما فوق الحلقوم والمريء في الرأس وما دون الحلقوم والمريء من الجوف لم تحل وإن وحى فصار كقطعهما باثنين.

مسألة[٢]:

قَالَ الشَّافِعِيُّ: «قَالَ عُمَرُ وَابْنُ عَبَّاسٍ: الذَّكَاةُ فِي الحَلْقِ وَاللَّبَّةِ وَزَادَ عُمَرُ: وَلَا تُعَجِّلُوا الأَنْفُسَ أَنْ تَزْهَقَ وَنَهَى عَنِ النَّخْعِ».

قال في الحاوي أما قوله: الذكاة في الحلق واللبة فقد رواه الشافعي عن عمر وابن عباس ورواه غيره عن النبي ﷺ وليس يمتنع أن يكون مسنوناً عن الرسول، ومأثوراً عن الصحابة، وقد مضى حكم الذكاة في الحلق واللبة وأما ما رواه الشافعي عن عمر أنه قال: «لا تعجلوا الأنفس أن تزهق»[٣].

فالزهق: الإسراع، والمراد به إسراع خروج النفس، ومنه قوله تعالى: ﴿وَتَزْهَقَ أَنفُسُهُمْ﴾ [التوبة: ٥٥] وفي المراد بنهي عمر عنه ثلاثة أوجه:

أحدها: أن يقطع أعضاء الذبيحة قبل خروج نفسها ليتعجل أكلها كالذي كانت تفعله الجاهلية.

والثاني: أن يعجل سلخها قبل خروج نفسها ليتعجل أكلها.

والثالث: أن يمسكها بعد الذبح حتى لا تضطرب ليتعجل خروج روحها كاليهود، وهذه الثلاثة لا تمنع من الإباحة لوجودها بعد الذكاة، وأغلظها في الكراهة قطعها ثم سلخها ثم إمساكها، وإن لم يحرم الأكل بواحد منها، وأما نهي عمر رضي الله عنه عن النخع فقد روي عنه أنه قال: «لا تنخعوا ولا تفرسوا» فأما النخع ففيه وجهان:

أحدهما: أنه كسر العنق في قول الشافعي.

والثاني: كسر عظم الرأس في قول أبي هريرة.

والثالث: أن يبالغ في القطع حتى يصل إلى قطع النخاع وهو عرق في الصلب يمتد إلى القفا وهذا قول أبي عبيدة.

وأما الفرس ففيه وجهان:

أحدهما: أنه كسر العظم.

---

(١) أخرجه البيهقي في «الكبرى» (١٩١٢٢).
(٢) انظر الأم (٥/ ٢١٢).
(٣) أخرجه البيهقي في «الكبرى» (١٩١٢٤).

والثاني: أنه قطع الرأس مأخوذ من افتراس السبع وليس في النخع ولا الفرس على كلا الوجهين مانع من الإباحة وإن كانا مكروهين لحدوثهما بعد كمال الذكاة وإن كانت الروح باقية وأشدهما كراهة أشدهما تعذيباً وألماً.

مسألة(١):

قَالَ الشَّافِعِيُّ: «قَالَ: وَأُحِبُّ أَنْ لَا يَذْبَحَ المَنَاسِكَ الَّتِي يُتَقَرَّبُ بِهَا إِلَى اللَّهِ عَزَّ وَجَلَّ إِلَّا مُسْلِمٌ فَإِنْ ذَبَحَ مُشْرِكٌ تَحِلُّ ذَبِيحَتُهُ أَجْزَأَ عَلَى كَرَاهِيَتِي لِمَا وَصَفْتُ».

قال في الحاوي: الأولى بالمضحي والمهدي أن يتولى بنفسه ذبح أضحيته وهديه لرواية جعفر بن محمد عن أبيه عن جابر أن النبي ﷺ ساق مائة بدنة فنحر بيده منها ثلاث وستين بدنة وأمر علياً عليه السلام فنحر ما بقي(٢).

وروى نافع عن ابن عمر أن النبي ﷺ كان يذبح أضحيته بالمصلى(٣) قال نافع: وكان عمر يفعل ذلك.

وقالت عائشة رضوان الله عليها: كان رسول الله ﷺ يأمر نساءه أن يلين ذبح هديهن(٤)؛ لأنهما قربة فكان قيامه بها أفضل من استنابته فيها، فإن استناب فيها جاز؛ لأن النبي ﷺ استناب علياً في نحر ما تبقى من هديه، ويختار أن يحضر ذبحها، إذا استناب، لما روي عن النبي ﷺ أنه قال لامرأة من أهله قيل: إنها فاطمة عليها السلام: «احضري ذبح نسيكتك فإنه يغفر لك بأول قطرة»(٥) ويختار إذا استناب في ذبحها أن يستنيب فيها خيار المسلمين؛ لأن قيامهم بالقرب أفضل، ومن استناب فيها من المسلمين أجزأ، وإن كان فاسقاً، فإن استناب في ذبحها كافراً لا تؤكل ذبيحته من المجوس أو عبدة الأوثان فهي ميتة لا تؤكل.

وإن كان مأكول الذبيحة كالكتابي حلّت وكانت أضحية وإن كان قيام الكافر بها مكروهاً.

وقال مالك: هي شاة لحم يحل أكلها، ولا تكون أضحية؛ احتجاجاً لما روي عن النبي ﷺ أنه قال: «لا يذبح ضحاياكم إلا طاهر» يريد إلا مسلم ولأنه كافر فأشبه المجوسي.

ودليلنا قول الله تعالى: ﴿وَطَعَامُ ٱلَّذِينَ أُوتُوا۟ ٱلْكِتَـٰبَ حِلٌّ لَّكُمْ﴾ [المائدة: ٥] فكان على عمومه من الضحايا وغيرها؛ ولأن كل من كان من أهل الكتاب صح أن يذبح الأضحية

---

(١) انظر الأم (٥/ ٢١٢).
(٢) أخرجه مسلم (١٢١٨) من حديث جابر الطويل.
(٣) أخرجه البخاري (٩٨٢)، وأبو داود (٢٨١١)، والنسائي (٤٣٦٦).
(٤) قال ابن حجر في «تلخيص الحبير»: «لم أره مرفوعاً، وصح ذلك عن أبي موسى الأشعري، وقد ذكرته في تعاليق البخاري»، انظر تلخيص الحبير (٢٣٩٥).
(٥) أخرجه الحاكم (٤/ ٢٢٢).

كالمسلم؛ ولأنه ذبح يصح من المسلم فصح من الكتابي كالذكاة؛ ولأن معونة الكافر على القرب لا يمنع من الإجزاء كاستنابته في تفريق الزكوات والكفارات فأما الجواب عن قوله ﷺ: «لا يذبح ضحاياكم إلا طاهر» فهو أن معناه إلا مطهراً للضحايا، وهو من تحل ذبيحته، فمنع به ذبيحته المجوسي والمعنى في منع المجوسي والوثني أنهم ليسوا من أهل الذكاة بخلاف أهل الكتاب.

مسألة(١):

قَالَ الشَّافِعِيُّ رَحِمَهُ اللَّهُ: «وَذَبْحُ مَنْ أَطَاقَ الذَّبْحَ مِنَ امْرَأَةٍ حَائِضٍ وَصَبِيٍّ مِنَ المُسْلِمِينَ أَحَبُّ إِلَيَّ مِنْ ذَبْحِ النَّصْرَانِيِّ وَالْيَهُودِيِّ».

قال في الحاوي: أما ذبح النساء فجائز ليس فيه كراهة كالرجال لما روت عائشة رضي الله عنها أن النبي ﷺ أمر نساءه أن يلين ذبح هديهن» وروى الشافعي عن عبد بن حميد عن ابن جريج عن نافع قال: سمعت رجلاً من الأنصار يحدث عبد الله بن عمر أن كعب بن مالك كان يرعى غنماً له بسفح الجبل الذي عند سوق المدينة ترعاها جارية له، وكادت شاة منها تموت، فأخذت الجارية حجراً، فكسرته، وذبحت به الشاة، فزعم كعب أنه استفتى رسول الله ﷺ في ذلك، فقال: «كلوا شاتكم» فدل هذا الحديث على أحكام منها: إباحة ذبائح النساء.

والثاني: جواز الذبح بالحجر.

والثالث: أن ما ذبحه غير مالكه حلّ أكله.

والرابع: أن ذكاة ما أشفى على الموت جائزة إذا كان فيه حياة مستقرة وسواء كانت المرأة طاهراً أو حائضاً غير أن الحائض لا تكره ذبيحتها بغير الضحايا واختلف في كراهة ذبحها للضحايا وإن أجزأت على وجهين:

فأما الصبي الذي لم يبلغ فذبيحته مكروهة في الضحايا وغيرها، وإن أجزأت لصغره عن مباشرة الذبح، ولقصوره عن التكاليف وذبيحته أحب إلينا من ذبيحة اليهودي والنصراني؛ لأنه مسلم يصح منه فعل العبادة، فكان أولى من كافر لا يصح منه فعل العبادة وسواء كان الصبي مراهقاً أو غير مراهق في إباحة ذكاته مع الكراهة إلا أن الكراهة في ذبح غير المراهق أقوى، ووهم بعض أصحابنا فخرج في ذكاته وجهاً آخر أنها لا تؤكل من اختلاف قول الشافعي في قتله عمداً هل يجري منه مجرى الخطأ، فإن جعل عمده خطأ لم تحل ذكاته وهذا زلل، لأن العمد والخطأ في إباحة الذكاة سواء.

مسألة(٢):

قَالَ الشَّافِعِيُّ: «وَلَا بَأْسَ بِذَبِيحَةِ الأَخْرَسِ».

---

(١) انظر الأم (٥/ ٢١٢).

(٢) انظر الأم (٥/ ٢١٢).

قال في الحاوي: وهذا صحيح وهي غير مكروهة؛ لأنه في جميع العبادات كالناطق، ولأنه وإن عجز عن التسمية فليست شرطاً في الذكاة وإشارته بها تقوم مقام نطق الصحيح فلم يكن تاركاً لها، ويجزىء على قول أبي حنيفة ومن أخذ بمذهبه في وجوب التسمية على الذبح أن يبيح ذكاته في حق نفسه، ولا يبيحها في حق غيره في اللحوم والأضاحي؛ ولأن إشارته بالتسمية تقوم مقام النطق في حق نفسه، ولا تقوم مقامه في حق غيره فيما قد ينفرد به لأجل هذا الخلاف كفاية.

فأما ذبيحة الأعمى، فمكروهة، وإن حلت خوفاً من أن يخطىء محل الذبح ولا تمنع من الإباحة كالبصير إذا ذبح مغمض العينين أو في ظلمة.

مسألة(١):

قَالَ الشَّافِعِيُّ: «وَأَكْرَهُ ذَبِيحَةِ السَّكْرَانِ وَالمَجْنُونِ فِي حَالِ جُنُونِهِ وَلَا يَتَبَيَّنُ أَنَّهَا حَرَام».

قال في الحاوي: وإنما كرهنا ذبيحة السكران والمجنون لما يخاف من عدولهما عن محل الذبح، ومبالغتهما في القطع إلى محل الكراهة مباحة، لأنهما من المسلمين، والقصد في الذكاة غير معتبر ومن هم من أصحابنا في ذكاة الصبي، فخرج بها وجهاً آخر، وهي في السكران والمجنون، فخرج في ذكاتهما وجهاً آخر أنها لا تصح. أما المجنون، فمن عمده في القتل، وأما السكران فمن قوله في القديم: إن طلاقه لا يقع وتخريجه في الجميع فاسد بما ذكرناه، ويجب على مذهب مالك أن ذكاتهم تكون لحماً، ولا تكون أضحية على قياس قوله في الكافر.

مسألة(٢):

قَالَ الشَّافِعِيُّ: وَلَا تَحِلُّ ذَبِيحَةُ نَصَارَى العَرَبِ وَهُوَ قَوْلُ عُمَرَ رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ».

قال في الحاوي: ذبيحة النصارى على أقسام، وكذلك اليهود.

أحدها: ما كان مباحاً، وهم بنو إسرائيل، ومن دان بدينهم قبل التبديل، ولم يعتقد في العزير والمسيح، أنهما ابنا الله، فتحل ذبائحهم سواء كانوا من أهل الذمة أو من أهل الحرب لقول الله تعالى: ﴿وَطَعَامُ ٱلَّذِينَ أُوتُواْ ٱلْكِتَٰبَ حِلٌّ لَّكُمْ﴾ [المائدة: ٥].

والثاني: ما كان محرماً، ومنهم من دخل في اليهودية والنصرانية بعد التبديل كنصارى العرب ومن جرى مجراهم من النصارى واليهود، فذبائحهم حرام لا تحل لسقوط حرمتهم.

والثالث: ما كان مختلفاً فيه، وهم بنو إسرائيل من اليهود والنصارى، إذا قالوا في العزير والمسيح إنهما ابنا الله ففي إباحة ذبائحهم وجهان لأصحابنا: **أحدهما**: يحل أكل

---

(١) انظر الأم (٥/ ٢١٢).

(٢) انظر الأم (٥/ ٢١٢).

ذبائحهم؛ لأن الله تعالى قد أباح ذبائحهم مع إخباره بذلك، عنهم، وهو قول الأكثرين.

والوجه الثاني: لا تحل ذبائحهم؛ لأنه قول طائفة منهم خرجوا عن حكم التوحيد إلى الإشراك به فتوجهت الإباحة إلى من عداهم من الموحدين، وهو عندي أظهر.

فصل:

فأما ذبيحة النصارى باسم المسيح فضربان:

أحدهما: ما ذبحوه لله تعالى، ويذكروا عليه اسم المسيح، فأكله حلال، وإن كرهناه؛ لأنه مقصود به وجه الله تعالى، فكان ذكر المسيح فيه تبعاً.

والثاني: أن يذبحوه للمسيح فأكله حرام كذبائح الأوثان؛ لأنه معدول به عن وجه الله تعالى قال الله تعالى: ﴿حُرِّمَتْ عَلَيْكُمُ الْمَيْتَةُ﴾ إلى قوله تعالى: ﴿وَمَا أُهِلَّ لِغَيْرِ اللَّهِ بِهِ﴾ [المائدة: ٣].

وقد روي عن النبي ﷺ: «أنه نهى عن ذبائح الجن»[(١)] قال أبو عبيدة: هو أن يشري الرجل داراً أو يستخرج عنها فيذبح خوفاً أن فيها الجن، فهو على ما ذكرناه من الضربين إن فعل ذلك تقرباً إلى الله تعالى، ليستدفع به إصابة الجن حلّ أكلها، وإن ذبحها للجن لاستدفاعهم حرم أكلها.

مسألة[(٢)]:

قَالَ الشَّافِعِيُّ: «وَأُحِبُّ أَنْ يُوَجِّهَ الذَّبِيحَةِ إِلَى القِبْلَةِ».

قال في الحاوي: إنما كانت السنة أن توجه ذبيحته إلى القبلة في اللحم والضحايا لما روت عائشة رضي الله عنها قالت: قال رسول الله ﷺ: «ضحوا وطيبوا بها أنفسكم، فإنه ليس من مسلم يستقبل بذبيحته إلى القبلة إلا كان دمها وفرثها، وصوفها حسنات محضورات في ميزانه يوم القيامة».

وروى جابر بن عبد الله قال: «ضحى رسول الله ﷺ بكبشين أقرنين فلما وجههما قرأ: ﴿وَجَّهْتُ وَجْهِيَ﴾ [الأنعام: ٧٩][(٣)]» الآيتين؛ ولأنه لا بد في ذبحها أن يتوجه بها إلى جهة فكانت جهة القبلة أفضل لقول النبي ﷺ: «خير المجالس ما استقبل به القبلة»[(٤)] ولأنها قربة فكانت القبلة أخص بها كالصلاة فإن قيل: فهو سفح دم، وإلقاء فرث، وهي أنخاس فيجب أن يكون تنزيه القبلة عنها أولى كالبروز للغائط والبول، قيل: ليس في كشف العورة للغائط والبول طاعة فكان صيانة القبلة عنه فأولى، وفي ذبح الضحايا طاعة

---

(١) أخرجه البيهقي في «الكبرى» (١٩٣٥٢)، وابن حبان في «الضعفاء» (٢/ ١٩).

(٢) انظر الأم (٥/ ٢١٢).

(٣) أخرجه أبو داود (٢٧٩٥)، وابن ماجه (٣١٢١)، والبيهقي في «الكبرى» (١٩١٧٢).

(٤) انظر: تاريخ أصفهان (١/ ٢١٧)، إتحاف السادة المتقين (٤/ ٣٧١).

وقربة فكان استقبال القبلة بها أولى، فافترقا، ويختار أن يتظاهر بذبح الضحايا وبكل ذبيحة فيها للفقراء نصيب ليحضروا، فينالوا منها ويستمر بذبح ما يختص بأكله من اللحم ليقل فيه التحاشد.

مسألة(١):

قَالَ الشَّافِعِيُّ رَحِمَهُ اللَّهُ: «وَيَقُولُ الرَّجُلُ عَلَى ذَبِيحَتِهِ بِاسْمِ اللَّهِ».

قال في الحاوي: قد ذكرنا أن التسمية عند الذبح في الضحايا واللحم، وعند إرسال الجوارح على الصيد سنة وليست بواجبة فإن تركها ذاكراً أو ناسياً حلت الذبائح وصيد الجوارح.

وقال داود، وأبو ثور: هي واجبة مع الذكر والنسيان، فإن تركها عامداً أو ناسياً حرمت.

وقال أبو حنيفة، وسفيان الثوري: هي واجبة مع الذكر دون النسيان فإن تركها عامداً حرمت وإن تركها ناسياً حلّت.

والدليل عليهم قد مضى، ومنه ما رواه البراء بن عازب عن النبي ﷺ أنه قال: «المسلم يذبح على اسم الله سمى أو لم يسمّ»(٢).

وروى أبو هريرة أن رجلاً قال: يا رسول الله إنا نذبح، وننسى أن نسمي الله فقال: «اسم الله على قلب كل مسلم»(٣)؛ ولأن ما لم يكن شرطاً في الذكاة مع الذكر لم يكن شرطاً فيها مع النسيان كالصلاة على النبي ﷺ وقد مضت هذه المسألة مستوفاة. ويختار له في الضحايا خاصة أن يكبر الله تعالى قبل التسمية وبعدها ثلاثاً، لأنها في أيام التكبير، فيقول: الله أكبر الله أكبر ولله الحمد خاتماً بالحمد بعد التكبير.

مسألة(٤):

قَالَ الشَّافِعِيُّ: «وَلَا أَكْرَهُ الصَّلَاةَ عَلَى رَسُولِ اللَّهِ ﷺ لأَنَّهَا إِيمَانٌ بِاللَّهِ قَالَ عَلَيْهِ الصَّلَاةُ وَالسَّلَامُ: أَخْبَرَنِي جِبْرِيلُ عَنِ اللَّهِ جَلَّ ذِكْرُهُ أَنَّهُ قَالَ: مَنْ صَلَّى عَلَيْكَ صَلَّيْتُ عَلَيْهِ».

قال في الحاوي: أما الصلاة على النبي ﷺ عند الذبح، فليست واجبة إجماعاً، ولا مكروهة عندنا، واختلف أصحابنا في استحبابها على وجهين:

أحدهما: أشار إليه الشافعي في الأم أنها مستحبة.

والثاني: هو قول أبي علي بن أبي هريرة أنها غير مستحبة ولا مكروهة، وكرهها مالك وأبو حنيفة احتجاجاً بما روي عن النبي ﷺ أنه قال: «موطنان لا أذكر فيهما عند

---

(١) انظر الأم (٥/ ٢١٢).
(٢) تقدم تخريجه.
(٣) تقدم تخريجه.
(٤) انظر الأم (٥/ ٢١٢).

الذبيحة والعطاس»؛ ولأنه يسير بذكره مما أهل به لغير الله، فوجب أن يكون مكروهاً، ودليلنا قول الله تعالى: ﴿وَرَفَعْنَا لَكَ ذِكْرَكَ ۝٤﴾ [الشرح: ٤] قيل: معناه لا أذكر إلا ذكرت معي، وقال تعالى: ﴿إِنَّ ٱللَّهَ وَمَلَٰٓئِكَتَهُۥ يُصَلُّونَ عَلَى ٱلنَّبِيِّ﴾ [الأحزاب: ٥٦] الآية، فكان عند القرب بالذبائح أولى أن يكون مذكوراً. قال الشافعي: وخشيت أن يكون الشيطان أدخل على بعض أهل الجهالة أن كرهوا الصلاة عليه عند الذبيحة لموضع غفلتهم أو لا يرى لما رواه عبد الرحمٰن بن عوف قال: كنت مع رسول الله ﷺ فسبقني، فجئت فرأيته ساجداً، فأقمت طويلاً، فلما رفع رأسه قلت: يا رسول الله لقد خشيت أن يكون الله قبض روحك في سجودك لما أطلت فقال: لما فارقتك لقيني جبريل، فأخبرني عن الله تعالى أنه قال: من صلى عليك صليت عليه، فسجدت شكراً لله»[1] وهذا يدل على استحباب الصلاة فكيف يكره. وروي عن النبي ﷺ أنه رقي المنبر فقال: آمين فقيل له في ذلك قال: قال لي جبريل: رغم أنف من ذكرت بين يديه فلم يصل عليك، فقلت: آمين، ثم الثانية فقال: آمين فقيل له في ذلك فقال: قال لي جبريل رغم أنف عبد أدرك أبويه أو أحدهما، فلم يدخل الجنة فقلت: آمين، ثم رقي الثالثة فقال: آمين، فقيل له في ذلك فقال: قال لي جبريل رغم أنف عبد أدرك شهر رمضان، فلم يغفر له فقلت آمين»[2].

ولأن الصلاة على الرسول إيمان بالمرسل، فكيف يكون الإيمان مكروهاً فأما الجواب عن قوله ﷺ موطنان» لا أذكر فيهما فمن وجهين:

أحدهما: أنه ليس ينهى عن ذكره وإنما هو على وجه التنبيه على ذكره، كأنه قال: لم لا أذكر فيهما.

والثاني: أنه لا يذكر فيهما على الوجه الذي يذكر الله تعالى فيه؛ لأن ذكره في الذبيحة أن يقصد بها وجهه في التقرب إليه، ولا يجوز أن يذكر رسوله، وذكره في العطاس حمد له وليس يحمد رسوله عنده، والصلاة عليه في غير هذين الموضعين فلم يتوجه النهي إليها.

فأما الجواب عن قوله: إنه يصير مما أهلّ لغير الله به، فهو أنه يصير بذبحه لرسول الله ﷺ مما أهل به لغير الله ولا يكون مما أهل به الله، ومتى فعل هذا كان حراماً.

فأما إذا صلى عنده على رسول الله ﷺ فإنه يكون مما أهل به الله، ولا يكون مما أهل به لغير الله.

مسألة[3]:

قَالَ الشَّافِعِيُّ: «فَإِنْ قَالَ: اللَّهُمَّ مِنْكَ وَإِلَيْكَ فَتَقَبَّلْ مِنِّي فَلَا بَأْسَ هَذَا دُعَاءٌ فَلَا أَكْرَهُهُ وَرُوِيَ عَنِ النَّبِيِّ ﷺ مِنْ وَجْهٍ لَا يَثْبُتُ أَنَّهُ ضَحَّى بِكَبْشَيْنِ فَقَالَ فِي أَحَدِهِمَا بَعْدَ

---

(١) تقدم تخريجه.
(٢) تقدم تخريجه.
(٣) انظر الأم (٥/ ٢١٢).

ذِكْرِ اللَّهِ: «اللَّهُمَّ عَنْ مُحَمَّدٍ وآلِ مُحَمَّدٍ» وَفِي الآخِر: «اللَّهُمَّ عَنْ مُحَمَّدٍ وَأُمَّةِ مُحَمَّدٍ».

قال في الحاوي: اعلم أن هذا مباح وليس بمكروه، وفي استحبابه وجهان، وكرهه مالك وأبو حنيفة، والدليل عليها رواية عائشة رضي الله عنها أن النبي ﷺ ضحى بكبش أقرن فأضجعه وقال: «بسم الله اللهم تقبل من محمد وآل محمد ومن أمة محمد، ثم ضحى به»[(١)].

ولأن قوله: اللهم منك وإليك، فتقبل مني اعتراف بالنعمة وامتثالاً للأمر ورغباً في الدعاء؛ لأن قوله: اللهم منك اعتراف بأن الله أعطاه ورزقه، وقوله: «وإليك» إبانة عن التقرب إليه بطاعته وقوله: «فتقبل مني» دعاء يسأل فيه القبول، وليس في واحد من هذه الثلاثة مكروهاً وقد روي عن بعض السلف أنه كان يقول: اللهم تقبل مني كما تقبلت من إبراهيم خليلك وموسى كليمك وعيسى روحك ومحمد عبدك ورسولك، وهذا ليس بمكروه إن قاله، ولا مستحب؛ لأن قرب الأنبياء لا يساويهم غيرهم، فلذلك لم يستحب، وأما قوله عند التضحية اللهم خذ هذا عن فلان، فليس بمستحب لأنه إخبار بما قد علمه الله تعالى قبل ذكره لا يتضمن دعاء، ولا اعترافاً بالنعمة، وقد روى الشافعي عن إبراهيم بن محمد عن ابن عقيل عن أبي سلمة عن أبي هريرة أن رسول الله ﷺ كان يشتري كبشين عظيمين سمينين أملحين موجئين، فيذبح أحدهما عن أمته من شهد منهم بالتوحيد، وشهد له بالبلاغ والآخر عن محمد وآل محمد، ونقل المزني ها هنا عن الشافعي أنه لم يثبت فإن لم يثبت هذا الحديث كان قوله: عن فلان مكروهاً، وإن ثبت لم يكن مكروهاً، ويكون تأويل قوله في أحدهما: عن أمة محمد، وفي الثاني: عن محمد وآل محمد، وإن كان الكبش الواحد لا يجزيء إلا عند واحد، فمحمول على أحد الوجهين: إما أن يكون تأويله أنه يجزيء عنهم مثله كما يجزيء عني، وإما أن يكون مراده أن يجعل ثوابه منهم كثوابه مني.

فصل:

فأما المندوب إليه من الضحايا والذبائح بعدما ذكرنا من السنن المختارة وما ذكرناه من الاستحباب والكراهة فسبعة أشياء **أحدها**: أن تساق إلى مذبحها سوقاً رفيقاً، وتضجع لذبحها إضجاعاً قريباً ولا يعنف بها في سوق ولا إضجاع فيكرهها وينفرها.

والثاني: أن يعرض عليها الماء قبل ذبحها خوفاً من عطشها المعين على تلفها؛ وليكون ذلك أسهل عند سلخها وتقطيعها، ولا يعرض عليها العلف لأنها لا تستسمن به إلى حين الذبح، فيكثر به الفرث، إلا أن يتأخر زمان الذبح فيعرض عليها كالماء.

والثالث: أن يخفي عنها إحداد الشفار في وجوهها فربما نفرها وقد ورد الخبر بأن لا تحدّ الشفار في وجوهها.

---

(١) تقدم تخريجه.

والرابع: أن لا ينحر بعضها في وجوه فقد جاء فيه الأثر؛ ولأنه ربما نفرها ذلك.

والخامس: أن يعقل بعض قوائمها ويرسل بعضها ولا يعقل جميعها فترهق، ولا يرسل جميعها فتنفر.

والسادس: أن ينحر الإبل قياماً لقوله تعالى: ﴿فَإِذَا وَجَبَتْ جُنُوبُهَا﴾ [الحج: ٣٦] أي سقطت وتذبح البقر والغنم مضجوعة فإن خاف نفور الإبل إذا نحرت قياماً نحرها باركة غير مضجوعة.

والسابع: أن يكون الذبح بأمضى شفار وجدها ويمرها ذهاباً وعودة في قوة اعتماد وسرعة توجية لرواية ابن الأشعث عن شداد بن أوس قال النبي ﷺ: «إن الله كتب على كل شيء فإذا ذبحتم فأحسنوا الذبح وليحد أحدكم شفرته وليرح ذبيحته»(١) ثم هذه السبعة دلائل على نظائرها.

مسألة(٢):

قَالَ الشَّافِعِيُّ: «فَإِذا ذَبَحَهَا فَقَطَعَ رَأْسَهَا فَهِيَ ذَكِيَّةٌ».

قال في الحاوي: وهذا صحيح يكره إذا قطع الحلقوم والمريء والودجين أن يزيد في الذبح لوقوع الذكاة بها وإزهاق روحه بما زاد عليه فإن زاد في الذبح حتى قطع رأسها لم تحرم.

وقال سعيد بن المسيب: قد حرمت لأنها ماتت من مبيح وحاظر هذا غير صحيح لأمرين:

أحدهما: أنه ذبح واحد لا يتميز فكان جميعه مبيحاً.

والثاني: أنه لو تميز وكان حاظراً فالحظر طرأ بعد الذكاة فلم يؤثر فيها فوجب أن لا يغير حكمها وعلى أنه قد روي عن الصحابة فيه ما يمنع من مخالفتهم عليه إذ هم على اتفاق فيه فروي عن علي عليه السلام أنه سئل عن بعير ضربت عنقه بالسيف فقال: يؤكل.

وروي عن عمران بن الحصين أنه سئل عن رجل ذبح طيراً فأبان رأسه فقال: يؤكل. وعن ابن عمر نحوه وليس لهم مخالف.

مسألة(٣):

قَالَ الشَّافِعِيُّ: «وَلَوْ ذَبَحَهَا مِنْ قَفَاهَا فَإِنْ تَحَرَّكَتْ بَعْدَ قَطْعِ الرَّأْسِ أَكَلَتْ وَإِلَّا لَمْ تُؤْكَلْ».

قال في الحاوي: ذبح الشاة من القفا مكروه وإنما كرهناه لأمرين: **أحدهما**: لما فيه من تعذيبها. **والثاني**: لما يخاف من موتها قبل الوصول إلى ذكاتها فإن فعل لم يخل

---

(١) تقدم تخريجه.

(٢) انظر الأم (٥/ ٢١٢).

(٣) انظر الأم (٥/ ٢١٢).

حالها من ثلاثة أقسام:

أحدها: أن يعلم موتها بقطع القفا قبل وصول السكين إلى قطع الحلقوم والمريء فتكون ميتة لا تؤكل وكذلك لو بقيت فيها عند وصول السكين إلى قطع الحلقوم والمريء حياة غير مستقرة لحياة المذبوح لم تؤكل وإنما كان كذلك لأن الذكاة لا تستباح إلا بقطع الحلقوم والمريء وقطع قفاها يجري في فوات نفسها مجرى كسر صلبها وبقر بطنها ولا تحصل به ذكاة وإن وجى.

والثاني: إن قطع حلقومها ومرئيها فهذه ذكية تؤكل وقال مالك وأحمد بن حنبل هي ميتة لا تؤكل.

وقال علي بن أبي طالب: إن فعل ذلك عمداً لم تؤكل وإن فعله سهواً أكلت احتجاجاً بأن قطع القفا موج والذكاة بعد التوجية لا تصح كالتي أخرج السبع حشوتها.

ودليلنا هو أن ما كانت حياته مستقرة وإن لم تدم صحت ذكاته كالمقطوعة الأطراف ولأنه لو انتهى بها النزع إلى حدّ الإياس حلّت ذكاتها مع استقرار الحياة فلذلك قطع القفا وخالف قطع الحشوة لأن بقاء الحياة معها مستقرة كحياة المذبوح.

والثالث: أن يشكل حالها عند قطع الحلقوم والمريء هل كانت حياتها مستقرة أو غير مستقرة ففي إباحة أكلها وجهان:

أحدهما: وهو ظاهر قول أبي إسحاق المروزي: أنها غير مأكولة؛ لأن الأصل الحظر حتى تعلم الإباحة.

والثاني: وهو ظاهر قول أبي علي بن أبي هريرة: أنها مأكولة لأن الأصل فيها الحياة حتى يعلم فواتها.

مسألة(١):

قَالَ الشَّافِعِيُّ: «وَإِذَا أَوْجَبَهَا أُضْحِيَةً وَهُوَ أَنْ يَقُولَ هَذِهِ أُضْحِيَةٌ وَلَيْسَ شِرَاؤُهَا وَالنِّيَّةُ أَنْ يُضَحِّي بِهَا إِيجَاباً لَهَا».

قال في الحاوي: وهذا كما قال إذا اشترى الأضحية ناوياً بها أضحية لم تصر أضحية بالنية مع الشراء حتى يوجبها بعد الشراء.

وقال أبو حنيفة ومالك: قد صارت أضحية بالنية والشراء احتجاجاً بأن ابتياع السلعة لما صارت بالنية مع الشراء أنها للتجارة جارية في دخول الزكاة ولم ينو كانت فنيَّة لا تجب فيها الزكاة كذلك الأضحية إذا اشتراها إن نوى بها الأضحية صارت أضحية وإن لم ينو لم تكن أضحية.

ودليلنا: هو أن الشراء موجب للملك وكونها أضحية مزيل للملك، ولا يصح أن

---

(١) انظر الأم (٥/ ٢١٢).

يكون الشيء الواحد في حالة واحدة موجباً لثبوت الملك وإزالته فلما أفاد الشراء ثبوت الملك امتنع أن يزول به الملك كما لو اشترى عبداً ينوي به العتق أو داراً ينوي بها الوقف صحّ الشراء ولم يصر العبد حراً ولا الدار وقفاً.

فأما الجواب عن شراء السلعة بنية التجارة فهو أن جريانها في حول الزكاة من أحكام الملك فجاز أن تقترن باستفادة الملك وخالف الأضحية المزيلة للملك.

فصل:

فأما إذا علق قبل الشراء وجوب الأضحية فعلى ضربين:

أحدهما: أن يجعلها بالشراء أضحية.

والثاني: أن يلتزم في الذمة أن يجعلها بعد الشراء أضحية.

فأما الضرب الأول: فصورته: أن يقول: إن اشتريت شاة فهي أضحية فإذا اشتراها لم تصر أضحية لأنه أوجبها قبل الملك.

وأما الضرب الثاني: فصورته: إن أطلق ولم يعين أن يقول: إن اشتريت شاءة فللَّهِ علي أن أجعلها أضحية فهذا نذر مضمون في الذمة من غير تعيين؛ فلزم وانعقد، فإذا اشترى شاة وجب عليه أن يجعلها أضحية ولا تصير بالشراء أضحية، لأن النذور تلزم في الذمة قبل الملك.

وإن عين فقال: إن اشتريت هذه الشاة فللَّهِ علي أن أجعلها أضحية ففيه وجهان:

أحدهما: أنه يغلب حكم التعيين فلا يلزمه أن يجعلها أضحية؛ لأنه أوجبها قبل الملك.

والثاني: أن يغلب فيها حكم النذر فيلزمه أن يجعلها أضحية لتعليقه بالذمة.

فصل:

فإذا تقررت هذه الجملة وأراد أن يوجب الأضحية بعد ملكها بشراء فإن أوجبها بالقول فقال: هذه أضحية وجبت، وإن أوجبها بالنية فنوى أنها أضحية ففيه وجهان:

أحدهما: وهو مذهب الشافعي وقول جمهور أصحابه لا تصير بالنية أضحية حتى يقترن بها القول؛ لأنها إزالة ملك فأشبه العتق والوقف.

والثاني: وهو قول أبي العباس بن سريج أنها قد صارت بمجرد النية أضحية لقول النبي ﷺ: «إنما الأعمال بالنيات» مع قول الله تعالى: ﴿لَن يَنَالَ ٱللَّهَ لُحُومُهَا وَلَا دِمَآؤُهَا وَلَٰكِن يَنَالُهُ ٱلتَّقْوَىٰ مِنكُمْ﴾ [الحج: ٣٧] يعني إخلاص القلوب بالنيات فعلى قول أبي العباس بن سريج قد وجبت ويؤخذ بذبحها، وعلى الوجه الأول لم تجب وله بيعها، فإن تركها على نيته حتى ضحى بها فعمل تصير بالذبح بعد النية أضحية أم لا؟ على وجهين:

أحدهما: لا تصير أضحية بالذبح مع تقدم النية.

والثاني: تصير لأن الذبح فعل ظاهر، فإذا اقترن بالنية صار آكد من القول بغير نية، فصار فيما تصير به أضحية ثلاثة أوجه:

أحدها: بالقول وحده.

والثاني: بالنية وحدها.

والثالث: بالنية والذبح.

فأما الهدايا ففيما يوجبها الشافعي قولان، ولأصحابه وجهان آخران أحد قولي الشافعي وهو الجديد أنها لا تجب إلا بالقول، فيقول: قد جعلت هذه البدنة هدياً.

والثاني: وهو القديم أنها تصير بالتقليد والإشعار هدياً، وإن لم يقل، لأنه علم ظاهر كالقول.

والثالث: وهو أحد وجهي أصحابنا أنها تصير هدياً بالنية وإن لم يقلدها، ويشعرها كالأضحية.

والرابع: وهو الوجه الثاني لأصحابنا: أنها تصير هدياً بالذبح مع النية والله أعلم بالصواب.

مسألة[1]:

قَالَ الشَّافِعِيُّ: «فَإِذَا أَوْجَبَهَا لَمْ يَكُنْ لَهُ أَنْ يُبْدِلَهَا بِحَالٍ».

قال في الحاوي: وهذا صحيح إذا أوجب الأضحية وعينها خرجت بالإيجاب عن ملكه، ومنع من التصرف فيها، ووجب عليه مؤنتها وحفظها إلى وقت نحوها، وهو قول علي عليه السلام، ومذهب أبي يوسف وأبي ثور.

وقال أبو حنيفة، ومحمد: لا تخرج بالإيجاب عن ملكه، ولا يمنع من التصرف فيها، ويكون بإيجابها مخيراً بين ذبحها أو ذبح غيرها، احتجاجاً بما روي عن النبي ﷺ: «أنه أهدى مائة بدنة عام حجه، فقدم عليه علي من اليمن فأشركه فيها، ولو خرجت بالإيجاب عن ملكه ما جعل فيها شركاً لغيره؛ ولأنه لو أوجب على نفسه عتق عبد فقال: للَّهِ عليَّ أن أعتقه لم يخرج بهذا الإيجاب عن ملكه جماعاً، وكذلك إيجاب الأضحية لا يخرجها عن ملكه احتجاجاً. ولأن ما تعلق بالأعيان المملوكة من حقوق الله تعالى تقتضي زوال الملك، ولا يمنع من التصرف كالزكاة إذا وجبت في المال.

ولأن القصد في إيجابها ما ينتفع به الفقراء من لحمها وانتفاعهم بلحم غيرها كانتفاعهم بلحمها، فوجب أن يستويا.

ولأنها بعد الإيجاب مملوكة فلما لم تصر ملكاً للفقراء وجب أن تكون باقية على ملك المضحي.

---

(١) انظر الأم (٥/ ٢١٢).

ودليلنا: ما روي عن عمر بن الخطاب أنه قال: أتيت رسول الله ﷺ فقلت: يا رسول الله إني أوجبت على نفسي بدنة، وقد طلبت مني بأكثر من ثمنها، فقال: انحرها ولا تبعها ولو طلبت بمائة بعير.

فلما منعه من البيع مع المبالغة في الثمن وأمره بالنحر دلّ على فساد البيع ووجوب النحر.

وروي عن علي بن أبي طالب أنه قال: من أوجب أضحية فلا يستبدل بها، وليس له مع انتشار قوله مخالف في الصحابة.

ولأنه يقترب بالأضحية من النعم كما يتقرب بالعبيد في العتق ثم ثبت أن العتق مزيل للملك إجماعاً، فوجب أن تكون الأضحية مزيلة للملك احتجاجاً.

ولأن كل إيجاب تعلق بالعين ولم يتعلق بالذمة أوجب زوال الملك كالوقف والعتق.

ولأن حكم الأضحية يسري إلى ولدها، وكل حكم أوجب سرايته إلى الولد زال به الملك كالبيع طرداً والإجارة عكساً.

ولأن المضحي يضمن الأضحية لو أتلفها، وكل ما ضمنه المتلف في حق غيره خرج به المضمون عن ملك ضامنه كالهبة طرداً والعارية عكساً ولا يدخل عليه الرهن؛ لأنه يضمنه في دين نفسه، ولا يدخل عليه العبد الجاني؛ لأنه يضمن جنايته ولا يضمن رقبته.

فأما الجواب عن اشتراك علي عليه السلام في الهدي فمن وجهين:

أحدهما: أن علياً ساق الهدي من اليمن فجعله رسول الله ﷺ قبل الإيجاب شريكاً.

والثاني: أنه جعله شريكاً في نحرها لا في التقرب بها؛ لأنه نحر بنفسه منها ثلاث وستين ثم أمر علياً بنحر باقيها.

وأما الجواب عن استدلالهم بإيجاب عتق العبد فمن وجهين:

أحدهما: أن العبد إذا أوجب عتق لم يصر حراً والشاة إذا أوجبها أضحية صارت أضحية فافترقا.

والثاني: أنه لما منع من التصرف في العبد وجب أن يمنع من التصرف في الأضحية وأما الجواب عن استدلالهم بالزكاة فمن وجهين:

أحدهما: تعلق الزكاة بالذمة وتعلق الأضحية بالعين.

والثاني: أن بطلان البيع في قدر الزكاة إذا تعلقت بالعين، فوجب أن تكون الأضحية بمثابتها لتعلقهما بالعين.

وأما الجواب عن استدلالهم بأن لحم غيرها مثل لحمها فبطلانه من وجهين:

أحدهما: في حق الله تعالى بالعتق إذا أوجبه على نفسه في عبد لم يكن له أن يبدله بغيره.

والثاني: حق الآدميين في البيع إذا باع عبداً لم يكن له أن يبدله بغيره.

وأما الجواب عن استدلالهم بأنها لما لم تصر ملكاً للفقراء دلّ على بقائها على ملكه فمن وجهين:

أحدهما: أن حقّ الفقراء قبل الذبح كحقهم فيها بعده فلم يسلم الاستدلال.

والثاني: أن بطلانه بالوقف لأنه خرج عن ملكه ولم يصر ملكاً لغيره.

مسألة(١):

قَالَ الشَّافِعِيُّ رَحِمَهُ اللَّهُ: «وَإِنْ بَاعَهَا فَالبَيْعُ مَفْسُوخٌ».

قال في الحاوي: وهذا صحيح؛ لأن إيجابها إذا أوجب زوال ملكه عنها بطل بيعها إن باعها، وكذلك لو باعها للمساكين؛ لأنهم فيها غير معنيين، فإن استبقى عينها وباع نماءها بطل بيع النماء كبطلان بيع الأصل؛ لأنه ملحق بأصله، وسواء كان النماء نتاجاً أو لبناً أو صوفاً، فإن وهب النماء صحت هبة اللبن والصوف، ولم تصح هبة النتاج، لما يلزم من نحره والتقرب بإراقة دمه.

وكما لا يجوز بيعها فكذلك لا يجوز رهنها؛ لأن مقصود الرهن بيعه في الدين فإن أجر ظهورها لم يجز؛ لأن الإجارة معاوضة على منافعها والمنافع تبعاً للأصل، وإن أعار ظهرها جاز؛ لأن العارية إرفاق يجوز في لحمها فجازت في منافعها.

فصل:

فلو ركبها المستعير ضمنها دون المعير، ولا يضمن أجرتها المستعير ولا المعير، ولو ركبها المستأجر فتلفت ضمن قيمتها للمؤجر دون المستأجر وضمن أجرتها المستأجر دون المؤجر، وفي قدر ما يضمنه من الأجرة وجهان:

أحدهما: وهو لأظهر أنه يضمن أجرة مثلها كضمانها عن إجارة فاسدة.

والوجه الثاني: وأشار إليه ابن أبي هريرة أنه يضمن أكثر الأمرين من أجرة المثل أو المسمى؛ لأن فيها حقاً للمساكين قد التزم لهم ما سماه من الزيادة في هذه الأجرة وجهان:

أحدهما: أنه يسلك بها مسلك الضحايا كالأصل.

والثاني: أنها تصرف إلى الفقراء خاصة؛ لأن حقوق الضحايا في الأعيان دون النذور.

فأما إذا اشترى شاة وأوجبها أضحية ثم وجد بها بعد الإيجاب عيباً لم يردها لفوات

---

(١) انظر الأم (٥/ ٢١٢).

الرد بالإيجاب ورجع بالأرش كالثوب، وفي هذا الأرش وجهان:

أحدهما: يسلك به مسلك الضحايا.

والثاني: أنه للمضحي خاصة لأنه من الثمن الذي لم يستحق عليه، والله أعلم بالصواب.

مسألة(١):

قَالَ الشَّافِعِيُّ: «وَإِنْ فَاتَتْ بِالبَيْعِ فَعَلَيْهِ أَنْ يَشْتَرِي بِجَمِيعِ قِيمَتِهَا مَكَانَهَا فَإِنْ بَلَغَ أُضْحِيَتَيْنِ اشْتَرَاهَا لأَنَّ ثَمَنَهَا بَدَلٌ مِنْهَا وَإِنْ بَلَغَ أُضْحِيَةً وَزَادَ شَيْئاً لَا يَبْلُغُ أُخْرَى ضَحَّى بِأُضْحِيَةٍ وَأُسْلِكَ الفَضْلُ مَسْلَكَ الأُضْحِيَةِ وَأَحَبَّ إِلَيَّ لَوْ تَصَدَّقَ بِهِ وَإِنْ نَقَصَ عَنْ أُضْحِيَةٍ فَعَلَيْهِ أَنْ يَزِيدَ حَتَّى يُوَفِّيَهُ أُضْحِيَةً لأَنَّهُ مُسْتَهْلِكٌ لِلضَّحِيَّةِ فَأَقَلُّ مَا يَلْزَمُهُ أُضْحِيَةٌ مِثْلُهَا».

قال في الحاوي: اعلم أن تلف الأضحية على ضربين: مضمون، وغير مضمون.

فأما تلفها غير مضمون، فهو أن تموت عطباً بغير عدوان فلا ضمان فيها، كما لو وقف داراً فاحترقت أو نذر أن يتصدّق بمال فتلف لم يضمنه كذلك موت الأضحية غير مضمون، وأما تلفها المضمون فهو ما اقترن بعدوان فهو الموجب للضمان، ولا يخلو ضامنها من أن يكون هو المضحي، أو أجنبياً، فإن ضمنها أجنبي غير المضحي ضمنها المضحي في حقوق أهل الضحايا لا في حق نفسه لخروجها بالإيجاب عن ملكه ليكون المضحي المستحق لصرف ذلك وبدلها، وتكون مضمونة على هذا المتلف بقيمتها لا غير وإن كان الضامن هو المضحي ضمنها بأكثر لأمرين من قيمتها وقت التلف أو مثلها عند النحر.

وقال أبو حنيفة، ومالك: يضمنها بقيمتها لا غير استدلالاً بأنه لما ضمنها الأجنبي بقيمتها وجب أن يضمنها المضحي بقيمتها؛ لأن الضمان يختلف باختلاف التالف دون المتلف، ألا تراه يضمن رهنه إذا أتلفه إذا كان غير ذي مثل كالأجنبي وبمثله إذا كان ذا مثل كالأجنبي لا يختلف باختلاف المتلف؟ كذلك الأضحية.

ودليلنا: هو أنه قد ألزم نفسه الأضحية بإيجابها وإن تعينت فإذا ضمنها بالتلف صار ضامناً لها بأمرين والتلفظ بالالتزام.

ولذلك ضمن أكثر الأمرين من موجب الالتزام بالمثل أو موجب التلف بالقيمة وغيره يضمنها بقيمتها بالتلف دون الالتزام، فلذلك ضمنها بالقيمة دون المثل وفيه دليل وانفصال.

فصل:

فإذا ثبت ضمانها بالقيمة في حقّ الأجنبي بأكثر الأمرين من المثل أو القيمة في حق

---

(١) انظر الأم (٥/ ٢١٢، ٢١٣).

المضحي وجب على المضحي أن يعرف القيمة في شراء مثلها في جنسها من بقر أو غنم، وفي نوعها من ضأن أو معز وفي سنها من جذع أو ثني، فلو كانت الأضحية ثنية من المعز لم يجز أن يشري جذعة من الضأن، وإن كانت خيراً منها لتعين حق المساكين في نوعها وسنها، وإذا كان كذلك لم يخل حال القيمة من ثلاثة أقسام:

أحدها: أن تكون ثمناً لمثلها من غير زيادة ولا نقصان فعليه أن يشري به مثلها ولا يلزمه إيجابها بعد الشراء؛ لأنه بدل من واجب لا ملك له فيها، ونظر في الشراء فإن كان اشتراها بعين القيمة المستحقة صارت أضحية بنفس الشراء، وإن لم ينو بها الأضحية، وإن اشتراها في الذمة نوى بالشراء أنها أضحية لا يحتاج بعده إلى إيجاب وإن لم ينو بالشراء أنها أضحية أوجبها بعد الشراء أضحية لا في حقّ نفسه؛ لأنه لا يملكها ولكن في حق أهل الضحايا؛ لأنها بدل عن أصل قد استحقوه.

فصل:

والقسم الثاني: أن تكون القيمة أكثر من ثمن مثلها فعليه أن يصرف القيمة في الأضاحي لأنها مستحقة لأهلها فيشري منها واحدة مثلها، وفيما يشتريه بباقي القيمة وجهان محتملان:

أحدهما: في أمثالها، ولا يعدل عن مثلها إلى غيرها؛ لأن مصرف جميعها واحد.

والثاني: أنه يصرفه فيما هو الأحظ لأهل الضحايا من ذلك الجنس أو غيره؛ لأن الزيادة بعد حصول المثل كالابتداء بالأضحية، وإذا كان كذلك نظر في الزيادة فإن كانت ثمناً للأضحية كاملة أو أضحيتين اشترى بها ما أمكن من الضحايا الكاملة ولا يجوز أن يشتري ما لا يجوز من الضحايا، وإن نقصت الزيادة عن ثمن أضحية كاملة قال الشافعي: يسلك بها مسلك الأضحية، فاختلف أصحابه في مراده فيما يصنع بها على ثلاثة أوجه:

أحدها: أن يشتري بها سهماً من أضحية اعتباراً بالأصل.

والثاني: أنه يشتري بها لحماً لتعذر الشركة في الحيوان، فعدل به إلى اللحم المقصود.

والثالث: تصرف زيادة دراهم بحالها؛ لأنها تلاقي التصرف أصلاً، فجاز فيه من القيمة ما لم يجز في الأصل، كمن وجبت عليه جذعة في الذكاة فأعطى قيمتها لم تجز؛ ولو أعطى عنها حقّه ودفع عشرين درهماً عن نقص الحق أجزأ.

فإن قلنا: إنه يصرف ذلك في سهم من أضحية كان في ذلك السهم كأهل الضحايا.

وإن قلنا: إنه يشتري به لحماً أو يصرفه ورقاً ففيه وجهان:

أحدهما: أنه يسلك به مسلك الضحايا ويكون فيه بمثابتهم.

والثاني: أنه يختص به الفقراء، ولا يجوز أن يشاركهم فيه كما لو عطبت عليه بدنة من الهدي ذبحها ولم يأكل منها شيئاً، وإن كانت لو سلمت جاز له أن يأكل منها حسماً

للتهمة كذلك هذه الزيادة.

فصل:

والقسم الثالث: أن تكون قيمة الأضحية المضمونة أقل من ثمن أضحيته فهذا على ضربين:

أحدهما: أن يكون المضحي قد ضمنها إما منفرداً بضمانها كما لو أتلفها، وإما مشتركاً بينه وبين غيره كما لو باعها فعليه أن يزيد على القيمة، ويشري به مثلها؛ لأنا قد دللنا على أنه يضمنها في حق نفسه بأكثر الأمرين من قيمتها أو مثلها، فإذا عجزت القيمة ضمن المثل.

والثاني: أن تكون القيمة قد تفرد بضمانها أجنبي غير المضحي من غاصب أو جان فلا يلزم الأجنبي أكثر من القيمة، وفي ضمان المضحي لما زاد عليها حتى يبلغ ثمن أضحيته وجهان:

أحدهما: يضمنه؛ لأنه قد التزم أضحية فلزمه إكمالها فيصير بالالتزام ضامناً لا بالتلف.

والثاني: هو أظهر وبه قال ابن أبي هريرة أنه لا يلزم تمام الأضحية؛ لأنه لم يتلف فيضمن وقد قام من إيجابها بما التزم فلم يضمن كما لو لم يضمن بالموت»، فعلى هذا لا تخلو القيمة المستحقة من خمسة أحوال:

أحدها: أن يمكن أن يشتري بها من جنس تلك الأضحية ما يكون أضحية وإن كانت دون التالفة مثل أن يكون قد أتلف ثنية من الضأن فيمكن أن يشتري بقيمتها جذعة من الضأن فعليه أن يشتري بها جذعاً من الضأن ولا يجوز أن يشتري بها ثنية من المعز لأنها من جنس المتلف فكانت أحق.

والحال الثانية: أن يكون ثمناً لدون الجذعة من الضأن أو الثنية من المعز فعليه أن يشتري بها ثنية من المعز وإن كانت من غير جنسها وهي أولى من أقل من الجذعة من الضأن وإن كانت من جنسها لأن الثنية من المعز أضحية ودون الجذع ليس بأضحية.

والحال الثالثة: أن يمكن أن يشتري بها دون الجذع مما يكون أضحية أو سهماً شائعاً في أضحية فعليه أن يشتري بها ما كيل من دون الجذع، وهو أولى من شراء سهم وجذع تام؛ لأنهما قد استويا في أنهما لا يكونان أضحية واختص ما دون الجذع بإراقة دم كامل.

والحال الرابعة: أن يمكن أن يشتري بها سهماً شائعاً في أضحيته أو لحماً ويشتري بها سهماً في أضحية وهو أحق أن يشتري به لحماً؛ لأن في السهم الشائع إراقة دم وليس في اللحم ذلك؛ وخالف الزيادة حيث اشترى بها في أحد الوجوه لحماً؛ لأن الزيادة بعد إراقة الدم وهذه لم يحصل قبلها إراقة دم.

والحال الخامسة: أن لا يمكن أن يشري بها حيواناً ولا سهماً منه، ويمكن أن يشتري بها لحماً أو يفرقها ورقاً، فيجب أن يشري بها لحماً ولا يفرقها ورقاً بخلاف الزائد على القيمة في أحد الوجوه؛ لأن اللحم هو مقصود الأضحية، وقد وجد في الزيادة مقصودها فجاز أن يفرق ورقاً، ولم يوجد في النقصان مقصودها فوجب أن يفرق لحماً، وبالله التوفيق.

مسألة(١):

قَالَ الشَّافِعِيُّ: «فَإِنْ وَلَدَتِ الأُضْحِيَةُ ذُبِحَ مَعَهَا وَلَدَهَا».

قال في الحاوي: وهذا صحيح إذا أوجب أضحية حاملاً فولدت أو كانت حائلاً فحملت ثم ولدت كان ولدها تبعاً لها في الأضحية، وعليه أن يذبحهما معاً، لما روي عن علي عليه السلام أنه رأى رجلاً يسوق بدنة معها ولدها، فقال: لا تشرب من لبنها إلا ما فضل عن ولدها، فإذا كان يوم النحر فانحرها وولدها عن سبعة وليس يعرف له مخالف؛ ولأنها ولدته بعد خروجها عن ملكه فأشبه ولد المعتقة والمبيعة وخالف ولد المستأجرة والمرهونة، فإذا ذبحهما معاً وتصدق من كل واحدة منهما وأكل جاز، وإن تصدق من إحداهما دون الأخرى ففيه ثلاثة أوجه:

أحدها: لا يجوز حتى يتصدق من كل واحدة منهما؛ لأنهما قد صارتا أضحيتين فلزمه أن يسلك بكل واحدة منهما مسلك الأضحية كالأضحيتين.

والثاني: أنه يجوز أن يتصدق من الأم دون الولد ومن الولد دون الأم لأن ولدها بعضها وإذا تصدق ببعض الأضحية أجزأه عن الباقي.

والثالث: أنه إن تصدق من الأم دون الولد أجزأه، وإن تصدق من الولد دون الأم لم يجزه؛ لأن الولد فرع تابع والأم أصل متبوع.

مسألة(٢):

قَالَ الشَّافِعِيُّ: «وَلَا يَشْرَبْ مِنْ لَبَنِهَا إِلَّا الفَضْلَ عَنْ وَلَدِهَا وَلَا مَا يُنْهِكُ لَحْمَهَا وَلَوْ تَصَدَّقَ بِهِ كَانَ أَحَبَّ إِلَيَّ».

قال في الحاوي: يجوز حلاب الأضحية وشرب لبنها وقال أبو حنيفة: لا يجوز حلابها وينضح الماء على ضرعها حتى يذهب لبنها كما لا يجوز جزاز صوفها، ودليلنا ما قدمناه عن علي عليه السلام، ولأن ترك لبنها مضرّ بها.

ولأنه يستخلف إن حلب فكان في تركه إضاعة له، فإن لم تكن ذات ولد حلب جميع لبنها من غير استقصاء مضر، فقد روي عن النبي ﷺ أنه قال: «دعوا داعي اللبن» يعني إبقاء يسير يصير به داعية كثيراً، وإن كانت ذات ولد وجب عليه أن يمكنه منها حتى

---

(١) انظر الأم (٥/٢١٣).

(٢) انظر الأم (٥/٢١٣).

يرتوي من لبنها كما كان عليه تمكين الأم من علفها ثم لا يخلو حاله بعد تمكينه منه من ثلاثة أقوال:

أحدها: أن يكون بقدر ريه من غير فضل ولا نقصان فلا يجوز أن يحلب من لبنها شيئاً لاستحقاقه في ري الولد.

والحال الثانية: أن يكون أقل من رية فعليه بعد تمكينه من لبنها أن يسقيه بعد ريه من غيرها.

والحال الثالثة: أن يكون أكثر من رية فعليه أن يخلي بينه وبين ريه ثم يحتلب الفاضل عن ريه، فإذا احتلب اللبن فالأولى به والأفضل أن يتصدق بجميعه فإن لم يتصدق بجميعه فالأفضل بعده أن يسلك به مسلك اللحم فيشرب منه ويسقي غيره، فإن لم يفعل وشرب جميعه جاز وإن كرهناه؛ لأن بقاء لحمها نسخ وتقدم الانتفاع بها مكروه.

مسألة[(١)]:

قَالَ الشَّافِعِيُّ رَحِمَهُ اللَّهُ: «وَلَا يَجُزَّ صُوفَهَا».

قال في الحاوي: يمنع من جزاز صوفها إذا لم يكن تركه مضراً بها لأنه أحفظ لها وأكمل ولأنه يبعد استخلافه بخلاف اللبن وإن كان جزازه أنفع بها فإن قرب زمان نحرها تركه عليها حتى ينحرها وإن بعد زمان نحرها جزه عنها؛ لأنه أصلح لبدنها، فإن جزه، وهو مأمور بتركه فقد أساء ولم يضمن، وإن تركه وهو مأمور بجزه كرهناه ولم يضمن، ولا يجوز له بيع الصوف بعد جزه؛ لأنه من جملة أضحيته لا يجوز له بيعها ويسلك به مسلك اللبن على ما قدمناه.

مسألة[(٢)]:

قَالَ الشَّافِعِيُّ: «وَإِنْ أَوْجَبَهَا هَدْياً وَهُوَ تَامٌّ، ثُمَّ عَرَضَ لَهُ نَقْصٌ وَبَلَغَ المَنْسَكَ أَجْزَأَ إِنَّمَا أَنْظُرُ فِي هَذَا كُلِّهِ إِلَى يَومِ يُوجِبُهُ وَيَخْرُجُ مِنْ مَالِهِ إِلَى مَا جَعَلَهُ لَهُ».

قال في الحاوي: وهذا كما قال: إذا أوجب أضحية سليمة من العيوب فحدث بها قبل نحرها ما يمنع من ابتداء الأضحية بها من عور أو عرج ضحى بها وأجزأته.

وقال أبو حنيفة: إن كان موجبها ممن لا يلزمه الأضحية لسفر أو عدم أجزأه، وإن كان ممن يلزمه الأضحية بالمقام واليسار لم يجزه، لأن النقص في الواجب مردود كالمعيب في الزكوات وفي المشهور تجزىء كالعيب في الصدقات.

ودليلنا ما رواه أبو سعيد الخدري، قال: قلت يا رسول الله إني أوجبت أضحية وقد أصابها عور فقال: «ضحّ بها» فلما أمره بذبحها ولم يأمره بالإعادة دلّ على إجزائها. ولأنه خرج من ملكه على صفة الإجزاء فلم يمنع حدوث نقصه من الإجزاء كالعتق في

(١) انظر الأم (٥/ ٢١٣). (٢) انظر الأم (٥/ ٢١٣).

الكفارة إذا حدث بعده نقص يمنع من الكفارة كان مجزياً كذلك نقص الأضحية، وخالف عيب الزكاة لوجوده عند الإخراج.

فصل:

فأما إذا أوجب في ذمته أضحية عن نذر ثم أوجبها في شاة عينها وحدث بها قبل الذبح نقص لم يجزه الأضحية بها، لأن سلامة ما تعلق بالذمة مستحق في الذمة تمنع حدوث نقصه من الإجزاء.

وسلامة ما لم يتعلق بالذمة غير مستحق في الذمة فلم يمنع حدوث نقصه من الإجزاء وإذا لم تجزه المعيبة وجب عليه أن يضحي بسليمة ولم يلزمه ذبح المعيبة؛ لأنه أوجبها ليسقط بها ما في ذمته، فإذا بطل إجزاؤها بطل إيجابها.

مسألة[1]:

قَالَ الشَّافِعِيُّ: «وَإِنْ أَوْجَبَهُ نَاقِصاً ذَبَحَهُ وَلَمْ يَجُزَّهُ».

قال في الحاوي: وهذا كما قال، إذا ابتدأ إيجاب أضحية ناقصة وجبت ولم تكن أضحية؛ لأن نقصها يمنع من الأضحية وإيجابها يوجب ذبحها وأن يسلك بها مسلك الأضحية لأمرين:

أحدهما: أنه قد أخرجها عن ملكه بالإيجاب فلم تعد إليه.

والثاني: أنه بمثابة من أعتق عبداً معيباً عن كفارته لم يجزه عنها ولم يعد إلى رقّه بعد العتق، فلو أوجبها ناقصة فلم يذبحها حتى زال نقصها ففي كونها أضحية قولان:

أحدهما: ـ قاله في الجديد وبعض القديم ـ لا تكون أضحية اعتباراً بحال إيجابها وإن لزمه ذبحها كمن أعتق عن كفارته عبداً معيباً فزال عيبه بعد عتقه لم يجزه عن كفارته وإن عاد إلى سلامته.

والثاني: ـ في القديم: أنها تكون أضحية مجزية؛ لأنها ما وصلت إلى المساكين إلا سليمة، ولو أوجبها وهي معيبة عن أضحية في الذمة بطل إيجابها لعدم إجزائها ولم يلزم ذبحها لبطلان إيجابها، فلو عادت إلى حال السلامة لم يصح ما تقدم من إيجابها حتى يستأنفه بعد السلامة.

قَالَ[2] الشَّافِعِيُّ رَحِمَهُ اللَّهُ: «وَلَوْ ضَلَّتْ بَعْدَمَا أَوْجَبَهَا فَلَا بَدَلَ وَلَيْسَتْ بِأَكْثَرَ مِنْ هُدْيِ التَّطَوُّعِ يُوجِبُهُ صَاحِبُهُ فَيَمُوتُ وَلَا يَكُونُ عَلَيْهِ بَدَلٌ».

قال في الحاوي: إذا أوجب أضحية فضلت منه فلا يخلو أن تضل بتفريط منه أو بغير تفريط، فإن ضلت بتفريط منه في حفظها فعليه طلبها فإن ماتت ضمنها، فإن علم أنه

---

(١) انظر الأم (٥/ ٢١٣).
(٢) انظر الأم (٥/ ٢١٣).

يجدها بعد أيام التشريق ولا يجدها في أيام التشريق لزمه بدلها في أيام التشريق، ولم يجز أن ينتظرها بعد فوات زمانها، فإذا وجدها بعد فوات الزمان أن يضحي بها فيصير بالتفريط ملتزماً بالأضحيتين، وإن ضلت بغير تفريط منه في حفظها فلا تخلو من ثلاثة أحوال:

أحدها: أن تضل قبل أيام التشريق وهي مسألة الكتاب فلا ضمان عليه؛ لأنها في يده أمانة لا تضمن إلا بالعدوان.

ولأنه ليس ضلالها بأكثر من موتها وهو لا يضمنها بالموت فأولى أن لا يضمنها بالضلال ثم ينظر، فإن كان لطلبها مؤونة لم يجب عليه طلبها، وإن لم يكن في طلبها مؤونة وجب عليه طلبها، لأنه مؤتمن عليها في حقوق المساكين، وإن ضلت بتفريط كان عليه طلبها بمؤونة وغير مؤونة.

والحالة الثانية: أن تضل منه بعد أيام التشريق فعليه ضمانها؛ لأن تأخير نحرها تفريط منه يوجب عليه الضمان إلا أن يؤخرها العذر فلا يضمن.

والحال الثالثة: أن تضل منه في أيام التشريق بعد مضي بعضها وبقاء بعضها فعمل يكون ذلك تفريطاً منه يلتزم به ضمانها أم لا؟ على وجهين:

أحدهما: لا يكون تفريطاً لبقاء زمان النحر وجواز تأخيرها إليه فلم يفرط فيه، فعلى هذا لا يضعفها، ولا يلزمه طلبها إن كان له مؤونة.

والثاني: أنه يكون تفريطاً منه، لأن نحرها بدخول الزمان مستحق وتأخيره رخصة كتأخير الحج بعد وجود الزاد والراحلة مباح، فلو مات قبل أدائه كان فرضه مستقراً فعلى هذا يضمنها ويلزمها طلبها بمؤونة وغير مؤونة.

مسألة(١):

قَالَ الشَّافِعِيُّ رَحِمَهُ اللَّهُ: «وَلَوْ وَجَدَهَا وَقَدْ مَضَتْ أَيَّامُ النَّحْرِ كُلُّهَا صَنَعَ بِهَا كَمَا يَصْنَعُ فِي النَّحْرِ كَمَا لَوْ أَوْجَبَ هَدْيَهَا العامَ وَأَخَّرَهَا إِلَى قَابِلٍ وَمَا أَوْجَبَهُ عَلَى نَفْسِهِ لِوَقْتٍ فَفَاتَ الوَقْتُ لَمْ يَبْطُلِ الإِيجَابُ».

قال في الحاوي: إذا وجد الأضحية الضالة لزمه نحرها سواء كان قد ضمنها بالتفريط أو لم يضمنها، لخروجها بالإيجاب عن ملكه، فإن كانت أيام النحر باقية نحرها إجماعاً وكانت أداء لا قضاء، وإن نقصت أيام النحر نحرها في الحال ولم يؤخرها إلى انتظار مثلها في العام المقبل، ولا يجوز أن يدفعها إلى المساكين في الحياة حتى ينحرها.

وقال أبو حنيفة: إن كانت واجبة دفعها في الحياة إلى المساكين ولم ينحرها، وإن كانت مسنونة بطل إيجابها وعادت بفوات الوقت إلى ملكه.

---

(١) انظر الأم (٥/ ٢١٣).

وقال بعض الفقهاء: ينتظر بها إلى وقت مثلها من العام المقبل كما ينتظر بفوات الحج قضائه في مثل وقته.

ودليلنا: هو أن ما استحقه المساكين في وقته لم يسقط حقهم بفوات وقته كزكاة الفطر فبطل به مذهب أبي حنيفة في المسنون.

ولأن ما استحقه المساكين على صفة لم تتغير صفته بالتأخير كزكاة المال فبطل به مذهب أبي حنيفة في الواجب، ولأن ما استحقه المساكين لوقت لم يجز تأخيره بفوات الوقت كالنذور فبطل به مذهب من أوجب تأخيره إلى مثل وقته.

فصل:

فإذا ثبت وجوب نحرها عند وجودها ففي حكمها بعد ذبحها وجهان:

أحدهما: وهو قول الجمهور إنه يسلك بها بعد الذبح مسلك الضحايا في وقتها يأكل ويتصدق ويهدي على حكمها في الأصل إذا ذبحت في أيام النحر.

والثاني: وهو قول أبي علي بن أبي هريرة أنها تكون للمساكين خاصة لا يجوز أن يأكل منها ولا يدخر لأنها قد خرجت بفوات ذبحها في أيام النحر من الأداء إلى القضاء فصارت حقاً لغيره ثم لا يخلو حالها أن تكون مضمونة بالتفريط أو غير مضمونة، فإن كانت غير مضمونة؛ لأنه غير مفرط فليس بملتزم لغيرها وقد فعل في نحرها وتفريقها ما لزمه؛ فإن كانت مضمونة بالبدل لتفريط فيها فلا يخلو حال بدلها بعد وجودها من أربعة أحوال:

أحدها: أن تكون في ذمته ولم يوجبه في غيرها فتبرأ ذمته من البدل بوجودها كالعبد المغصوب إذا أبق، وكان الغاصب مأخوذاً بالقيمة فوجده برئت ذمته من القيمة بوجوده.

والحالة الثانية: أن يكون قد أوجب البدل وعينه في غيرها وهو باق ولم يذبحه فقد سقط إيجاب بدلها بوجودها وعاد إلى ملكه كقيمة المغصوب إذا أخذت ثم وجد ردت.

والحال الثالثة: أن يكون بدلها قد ذبح وفرق في أهل الضحايا قبل وجودها فيصير ذبح البدل أضحية تطوع، ولا يعتاض عن البدل باستبقاء الأصل بل يذبحه بعد البدل فيكون أضحيتين.

والحال الرابعة: أن يكون البدل ولحمه باقياً عند وجود الأصل ففيه وجهان:

أحدهما: أن لحم البدل قد صار أضحية بالذبح فيجب أن يسلك به مسلك الضحايا.

والثاني: قد زال عنه حكم الضحايا قبل تفرقته كما زال حكمها عنه في حياته فيصنع به ما شاء من بيع وغيره.

مسألة[1]:

قَالَ الشَّافِعِيُّ: «وَلَوْ أَنَّ مُضَحِّيَيْنِ ذَبَحَ كُلُّ وَاحِدٍ مِنْهُمَا أُضْحِيَةَ صَاحِبِهِ ضَمِنَ كُلّ وَاحِدٍ مِنْهُمَا مَا بَيْنَ قِيمَة مَا ذَبَحَ حَيًّا وَمَذْبُوحاً وَأَجْزَأَ عَنْ كُلِّ وَاحِدٍ مِنْهُمَا ضَحِيَّتَهُ وَهَدْيَهُ».

قال في الحاوي: ومقدمة هذه المسألة أن يذبح رجل أضحية غيره بغير أمره فمذهب الشافعي أن ذبحها يجزىء عن قربة صاحبها يسلك بها بعده مسلك الضحايا، ويكون الذابح ضامناً لنقصان ذبحها.

وقال مالك: لا يجزئه ذبح غيره ويكون لحماً وعليه أن يضحي بعدها.

وقال أبو حنيفة: تجزئه عن أضحيته ولا يرجع على الذابح نقصان ذبحه، وبه قال أبو ثور والذي أراه من هذا الإطلاق في الضمان أن ينظر في زمان الذبح فإن كان متسعاً ضمن الذابح؛ لأنه لم يتعين ذبحها في وقته ببقائه بعد ذبحه، وإن ضاق حتى لم يبق منه إلا زمان الذبح لم يضمن الذابح، لأنه قد تعين ذبحها في وقته، فأما مالك فاحتج بأن الذبح قربة كالتفرقة ثم ثبت أنه لو فرقها غيره لم يجزه كذلك إذا ذبحها غيره لم تجزه.

ودليلنا: أن مقصود الأضحية إيجابها في حق المالك وتفرقتها في حق المساكين والذبح تبعاً لهما يتوصل به إلى المقصود في حقّ كل واحد منهما، وقد وجد المقصود أن يذبح الغير فلم يمنع من الإجزاء.

ولأن الذبح لا يفتقر إلى نية وقصد؛ لأنه لو ذبحها الملك سهواً أجزأت كذلك إذا ذبحها غيره غند عدم قصده وفي هذين انفصال.

فصل:

فأما أبو حنيفة ـ رحمه الله تعالى ـ فإنه استدل على أن الذابح لا يضمن نقصان ذبحها؛ لأنه إراقة دم مشروع فلم يتعلق به ضمان كالختانة وقتل الردة ولأنها قربة تعين عليه فعلها فلم يضمنها من ناب عنه فيها كسوق الهدي إلى محله.

ودليلنا: هو أن ما ضمن في غير الأضحية ضمن في الأضحية كاللحم، ولأن ما ضمن لحمه ضمن ذبحه كغير الأضحية.

فأما الجواب عن قياسه على الختانة، فهو أنها ما أحدثت نقصاً، ولو أحدثته ضمن كذلك الأضحية لو لم تحدث نقصاً لم تضمن، فإذا أحدثه ضمن والمرتد لا يضمن بغير العقل، فلم يضمن بالقتل والأضحية تضمن بغير الذبح فضمنت بالذبح.

وأما الجواب عن قياسه على سوق الهدي فهو على ما ذكرناه من أنه لم يحدث نقصاً ولو عطب في يده ضمن.

---

(١) انظر الأم (٥/ ٢١٣).

فصل:

فإذا ثبت ما وصفنا وكان للمضحين أضحيتان فذبح كل واحد منهما أضحية صاحبه بغير أمره فهذا على ضربين:

أحدهما: أن يفرق كل واحد منهما لحم ذبيحته فلا يجزئه عن نفسه؛ لأنه لا يملكها ولا يجزىء عن صاحبها، لأنه ما قام بما عليه فيها، ويضمن كل واحد منهما لصاحبه قيمة أضحيته، ولا يجوز أنهما يتقاسمان القيمة لخروجها عن ملك كل واحد منهما بالإيجاب، وفي القيمة وجهان:

أحدهما: - وهو قول الجمهور - إنه يضمن قيمتها قبل الذبح، وهي حية كالجاني.

والثاني: وهو قول أبي علي بن أبي هريرة - أنه يضمن أكثر الأمرين من قيمتها وهي حية أو قيمة لحمها بعد الذبح لتعديه بالتفرقة كتعديه بالذبح، وهو عندي أصح، فإذا أخذ كل واحد منهما قيمة أضحيته صرفها في مثلها وكان في فصلها ونقصانها على ما ذكرنا، ويكون أرش الذبح داخلاً في ضمان القيمة فسقط بها.

والضرب الثاني: أن يكون لحم كل واحد منهما باقياً فلكل واحد منهما أن يأخذ لحم أضحيته، ولا يجوز أن يتبادلا باللحم، لأنه لا يجوز صرفه إلا في مسلك الضحايا، ويرجع كل واحد منهما على صاحبه بأرش الذبح، وفي مصرف هذا الأرش ثلاثة أوجه:

أحدها: أن يكون للمضحي خاصة، لأن حق المساكين في عين الأضحية، وليس هذا الأرش منها.

والثاني: أن يكون للمساكين؛ لأنه ليس للمضحي منها إلا ما يأكله من لحمها، وليس هذا الأرش منها.

والثالث: أن يسلك به مسلك الضحايا لاستفادته منها.

مسألة[1]:

قَالَ الشَّافِعِيُّ رَحِمَهُ اللَّهُ: «فَإِذَا ذَبَحَ لَيْلاً أَجْزَأَهُ».

قال في الحاوي: ذبح الأضحية ليلاً مكروه لنهي النبي ﷺ عن الذبح ليلاً، ولأنه ربما أخطأ محل ذبحها بظلمة الليل، ولأنه يصير مستنيراً بها والمظاهرة بها أولى، ولأنه ربما أعوزه المساكين في الليل، ولأنه ربما تغير اللحم إذا استبقى إلى النهار وصل فلهذه المعاني كرهنا ذبحها في الليل، فإن ذبحها فيه أجزأه.

وقال مالك: لا يجزئه لما قدمناه ولقول الله تعالى: ﴿وَيَذْكُرُوا۟ ٱسْمَ ٱللَّهِ فِىٓ أَيَّامٍ مَّعْلُومَـٰتٍ عَلَىٰ مَا رَزَقَهُم مِّنۢ بَهِيمَةِ ٱلْأَنْعَـٰمِ ۖ﴾ [الحج: ٢٨] [الحج: ٢٨]. فخص الأيام بها دون الليالي.

---

(١) انظر الأم (٥/ ٢١٣).

ودليلنا: قول الله سبحانه: ﴿وَٱلْبُدْنَ جَعَلْنَٰهَا لَكُم مِّن شَعَٰٓئِرِ ٱللَّهِ لَكُمْ فِيهَا خَيْرٌ﴾ [الحج: ٣٦]. ولم يفرق بين الليل والنهار فكان على عمومه فيها.

ولأنه من زمان النحر فجازت الأضحية فيه كالنهار.

ولأنه أحد مقصودي الأضحية فجاز ليلاً كالتفرقة.

فأما الجواب عن الآية فهو أن الليالي تبع للأيام.

والنهي محمول على الكراهة كما نهى عن جداد الثمار في الليل ـ ما يصنع بلحم الأضحية من حيث الادخار والأكل والطعام والإهداء ـ.

مسألة(١):

قَالَ الشَّافِعِيُّ: «وَالضَّحِيَّةُ نُسُكٌ مَأْذُونٌ فِي أَكْلِهِ وَإِطْعَامِهِ وَادِّخَارِهِ».

قال في الحاوي: أما الضحايا والهدايا فحكمها في جميع ما قدمناه سواء، وإنما يختلفان في المحل فمحل الهدي الحرم، لقول الله تعالى: ﴿ثُمَّ مَحِلُّهَآ إِلَى ٱلْبَيْتِ ٱلْعَتِيقِ﴾ [الحج: ٣٣]. ومحل الضحايا في بلد المضحي، وهل يتعين عليه ذبحها فيه أم لا؟ على وجهين مخرجين من اختلاف قولي الشافعي في تفريق الزكاة في غير بلد المالك هل يجزىء أم لا؟ على قولين:

فإن قيل: لا تجزىء تعين عليه ذبح الأضحية في بلده فإن ذبحها في غير بلده لم يجزه.

وإن قيل: تفريقها في غير بلده يجزىء لم يتعين عليه ذبح الأضحية في بلده، وكان ذبحها في بلده أفضل، وفي غير بلده جائز.

فإذا تقررت هذه الجملة لم يخل حالها بعد الإيجاب إيجابها أن تكون عن نذر أو تطوع، فأما التطوع فهو ما ابتدأ إيجابه فقال: قد جعلت هذه البدنة أضحية، فيجب أن يذبحها في أيام النحر وكذلك الهدي ثم يسلك بها مسلك الأضحية، وذلك مشتمل على أربعة أحكام:

أحدها: أن يأكل منها.

والثاني: أن يطعم الفقراء.

والثالث: أن يهدي إلى الأغنياء.

والرابع: أن يدخر قال الله تعالى: ﴿فَكُلُوا۟ مِنْهَا وَأَطْعِمُوا۟ ٱلْقَانِعَ وَٱلْمُعْتَرَّ﴾ [الحج: ٣٦] فنص هذه الآية على ثلاثة أحكام على أكل وإطعام الفقراء ومهاداة الأغنياء.

وأما الادخار فالأصل ما رواه الشافعي عن مالك عن عبد الله بن أبي بكر عن عمرة بنت عبد الرحمٰن عن عائشة رضي الله عنها قالت: دق ناس من أهل البادية حضرة

---

(١) انظر الأم (٥/ ٢١٣).

الأضحى في زمان رسول الله ﷺ فقال: «ادخروا الثلث وتصدقوا بما بقي قالت: فلما كان بعد ذلك قيل لرسول الله ﷺ: لقد كان الناس ينتفعون بضحايا هم يحملون منها الودك ويتخذون منها الأسقية فقال رسول الله ﷺ: وما ذاك قيل: يا رسول الله: نهيت عن اقتناء لحوم الأضاحي بعد ثلاث، فقال رسول الله ﷺ: «إنما نهيتكم من أجل الدافة التي دفت فكلوا وتصدقوا وادخروا»[1]، فاشتمل هذا الحديث على تحريم ادخار لحوم الأضاحي بعد ثلاث لأجل الدافة ثم على إباحة الادخار بعد الدافة، والدافة النازلة يقال: دف القوم موضع كذا إذا نزلوا فيه، فاختلف أصحابنا في معنى هذا النهي والإباحة على وجهين:

أحدهما: أنه نهي تحريم على العموم في المدينة التي دف البادية إليها وفي غيرها حرم به ادخار لحوم الأضاحي بعد ثلاث في جميع البلاد، وعلى جميع المسلمين وكانت الدافة سبباً للتحريم ولم تكن علة للتحريم ثم وردت الإباحة بعدها نسخاً للتحريم، فعمل جميع الصحابة بالنسخ إلا علي بن أبي طالب عليه السلام، فإنه بقي على حكم التحريم في المنع من ادخارها بعد ثلاث ولم يحكم بالنسخ، لأنه لم يسمعه.

وقد روى الشافعي عن مالك عن أبي الزبير، عن جابر أن النبي ﷺ نهى عن أكل لحوم الأضاحي بعد ثلاثة ثم قال: «كلوا وتزودوا وادخروا»[2] فعلى هذا إذا دف قوم إلى بلد من فاقة لم يحرم ادخارهم لحوم الأضاحي لاستقرار النسخ.

والثاني: أنه نهي تحريم خاص لمعين حادث اختص بالمدينة ومن فيها دون غيرهم لنزول الدافة عليهم، وكانت الدافة علة لتحريم ثم ارتفع التحريم بارتفاع موجبه، وكانت إباحة الرسول إخباراً عن السبب ولم تكن نسخاً، فعلى هذا اختلف أصحابنا إذا حدث مثله في زماننا، قذف ناس إلى الفاقة، فهل يحرم على أهله ادخار لحوم الأضاحي لأجلهم لوجود علة التحريم كما حرم عليهم بالمدينة في عهد الرسول ﷺ أم لا؟ على وجهين:

أحدهما: يحرم عليهم لوجود علة التحريم كما حرم عليهم بالمدينة في عهد الرسول ﷺ.

والثاني: لا يحرم، لأن التعليل بالدافة كان لزمان على صفة فصار مقصوراً عليه.

فصل:

فإذا ثبت ما وصفناه من مسلك الضحايا في هذه الجهات الأربع الأكل والادخار والصدقة والهدية اشتمل حكمها على فصلين:

أحدهما: في مقاديرها، فليس تتقدر في الجواز، وإنما تتقدر في الاستحباب؛ لأنه

---

(١) أخرجه مسلم (١٩٧١)، وأبو داود (٢٨١٢).

(٢) أخرجه البخاري (٥٥٦٧)، ومسلم (١٩٧٢).

لو أكل يسيراً منها وتصدق بباقيها جاز ولو تصدق بيسير منها وأكل باقيها جاز، فأما مقاديرها في الاستحباب ففيه قولان:

أحدهما: قاله في القديم ـ يأكل ويدخر ويهدي النصف ويتصدق على الفقراء بالنصف؛ لأن الله تعالى قال: ﴿فَكُلُواْ مِنْهَا وَأَطْعِمُواْ ٱلْبَآئِسَ ٱلْفَقِيرَ﴾ [الحج: ٢٨] فجعلها في صنفين فاقتضى أن تكون بينهما نصفين.

والثاني: ـ قاله في الجديد ـ أن يأكل، ويدخر الثلث، ويهدي الثلث، ويتصدق على الفقراء بالثلث لقول الله تعالى: ﴿فَكُلُواْ مِنْهَا وَأَطْعِمُواْ ٱلْقَانِعَ وَٱلْمُعْتَرَّ﴾ [الحجّ: ٣٦] فذكر ثلاثة أصناف فاقتضى أن تكون بينهم أثلاثاً.

وأما الفصل الثاني: وجوبها واستحبابها، فلا يختلف المذهب أن الادخار مباح وليس بواجب ولا مستحب وأن الهدية ليست بواجبة وهي مستحبة، فأما الأكل والصدقة فقد اختلف أصحابنا فيه على ثلاثة أوجه:

أحدهما: وهو قول أبي العباس بن سريج، وأبي سعيد الإصطخري أنهما مستحبان فإن أكل جميعهما جاز وإن تصدق بجميعها جاز لقول الله تعالى: ﴿لَن يَنَالَ ٱللَّهَ لُحُومُهَا وَلَا دِمَآؤُهَا وَلَٰكِن يَنَالُهُ ٱلتَّقْوَىٰ﴾ [الحج: ٧٣]. فجعل مقصودها التقوى بعد الإراقة دون الأكل والصدقة.

ولأنه لما كان لو أكل أكثرها كان جميعها أضحية كذلك إذا أكل جميعها.

والثاني: وهو قول أبي الطيب بن سلمة: أن الأكل والصدقة واجبان، فإن أكل جميعها لم يجزه، وإن تصدق بجميعها لم يجزه حتى يجمع بين الأكل والصدقة لقول الله تعالى: ﴿فَكُلُواْ مِنْهَا وَأَطْعِمُواْ ٱلْبَآئِسَ ٱلْفَقِيرَ﴾ [الحجّ: ٢٨] فجمع بينها وأمر بهما فدل على وجوبهما ولأن رسول الله ﷺ نحر في حجة مائة بدنة، وأمر علياً أن يأتيه من كل بدنة ببضعة ثم أمر بها فطبخت فأكل من لحمها، وحسا من مرقها، فلما أكل من كل بدنة مع كثرتها دل على وجوب أكله منها.

والثالث: وهو مذهب الشافعي وما عليه جمهور أصحابنا ـ أن الأكل مستحب والصدقة واجبة، فإن أكل جميعها لم يجزه وإن تصدق بجميعها أجزأه لقول الله تعالى: ﴿وَٱلْبُدْنَ جَعَلْنَٰهَا لَكُم مِّن شَعَٰٓئِرِ ٱللَّهِ﴾ [الحجّ: ٣٦] فجعلها لنا، ولم يجعلها علينا، فدل على أن أكلنا منها مباح، وليس بواجب، ولأن حقوق الإنسان هو مخير فيها بين الاستبقاء والإسقاط.

ولأن موضوع القرب بالأصول أنها مستحقة عليه وليست مستحقة له.

ولأن قوله تعالى في الضحايا: ﴿فَكُلُواْ مِنْهَا وَأَطْعِمُواْ﴾ [الحجّ: ٢٨] جارٍ مجرى قوله في الزكاة: ﴿كُلُواْ مِن ثَمَرِهِۦٓ إِذَآ أَثْمَرَ وَءَاتُواْ حَقَّهُۥ يَوْمَ حَصَادِهِۦ﴾ [الأنعام: ١٤١]. فلما كان أكله مباحاً والإيتاء واجباً كذلك الأكل من الأضحية مباح والإطعام واجب.

فصل:

فإذا تقرر حكم الأكل والصدقة على هذه الوجوه الثلاثة فاقتصر منها على أحدها نظر، فإن كان اقتصاره منها على الصدقة دون الأكل فأطعم ولم يأكل لم يضمن على الوجوه الثلاثة، لأن من قال بوجوب الأكل نسبه في ترك الأكل إلى المأثم، ولم يلزمه الغرم في حق نفسه لأن استحقاقه للأكل رفق به فخرج عن حكم الغرم لما فيه من الإجحاف به، وإن كان اقتصاره على الأكل فأكل، ولم يطعم فعلى قول أبي العباس لا ضمان عليه، لأنه يجعل الإطعام مستحباً، وعلى الوجهين الآخرين يكون ضامناً، وهو الصحيح لما ذكرنا فعلى هذا في قدر ما يضمنه ثلاثة أوجه:

أحدها: ـ وهو مذهب أبي إسحاق المروزي وأبي علي بن أبي هريرة ـ يضمن جميعها بأكثر الأمرين من قيمتها أو مثلها، لأنه لما عدل بأكملها عن حكم الضحايا صارت لحماً، وكان إيجاب الضحايا باقياً، فلزمه أن يضحي فعلى هذا هل يجوز له أن يأكل من بدلها أم لا؟ على وجهين مضيا.

والثاني: يضمن منها قدر الاستحباب فيما يتصدق به ولا يضمن جميعها، لأنه قد أراق دمها على اسم الأضحية فلم يضمن منها إلا ما تعدى بأكله، فضمن قدر الاستحباب احتياطاً، فعلى هذا في قدر الاستحباب قولان:

أحدهما: بالنصف، وهو القديم.

والثاني: الثلث، وهو الجديد، ولا يجوز أن يأكل هذا البدل وجهاً واحداً، لأنه بدل عما أكل والوجه الثالث يضمن قدر الإجزاء، لأنه لو اقتصر عليه في الصدقة، أجزأه، فعلى هذا يضمن ما يخرج عن قدر التافه إلى ما جرى العرف أن يتصدق به منها من القليل الذي يؤدي الاجتهاد إليه، ولا يجوز أن يأكل منه فصار في قدر ما يضمنه أربعة أوجه:

أحدها: الكل.

والثاني: النصف.

والثالث: الربع.

والرابع: المجزىء، فإن ضمن الكل لزمه ذبحه في أيام النحر.

فإن أخره عنها مع القدرة حتى ذبحه بعدها ففي إجزائه وجهان:

أحدهما: لا يجزئه، ويكون لحماً مضموناً بمثل ثان كما لو أخّر الأضحية حتى ذبحها بعد أيام النحر.

والثاني: أنه يجزىء؛ لأن إراقة دم الأضحية في أيام النحر قد يحصل بما أكل وإنما هذا بدل من الإطعام دون الإراقة فجاز في غير أيام النحر وإن ضمناه بعضها ولم تضمنه جميعها لم يجز أن يتصدق بما ضمنه ورقاً، لأن حقوق الفقراء في الأكل دون القيمة، كما لا يجوز: أن يفرق ثمن الأضحية ورقاً، وهل يلزم صرف ما ضمنه في سهم من أضحية أو يفرقه لحماً فيه وجهان:

أحدهما: يشتري به سهماً من أضحية ليجمع فيه بين إراقة الدم وتفرقة اللحم.

والوجه الثاني: يفرقه لحماً، لأنه أرفق، وعلى كلا الوجهين إن ذبح أو فرق بعد أيام النحر أجزأه لأن ذبح سهم في شاة لا يكون أضحية فلم يعتبر فيه زمان الأضاحي.

فصل:

وأما الضحايا والهدايا المنذورة ففي جواز أكله منها وجهان:

أحدهما: ـ وهو قول أبي إسحاق المروزي لا يجوز أن يأكل منها، لأنها خرجت بالنذر عن حكم التطوع إلى الواجب، فلا يجوز أن يأكل من الدماء الواجبة.

والثاني: يجوز أن يأكل منها، لأنه تطوع بالنذر فصار كتطوعه بالفعل. والأصح عندي من إطلاق هذين الوجهين أن ينظر في النذر، فإن كان معيناً لم يضمن في الذمة كقوله: «لله عليَّ أن أضحي بهذه البدنة» جاز أن يأكل منها وإن كان مضموناً في الذمة كقوله: «للَّهِ عليَّ أن أضحي ببدنة» لم يجز أن يأكل منها، لأن ما وجب في الذمة كان مستحقاً لغيره وما لم يتعلق بالذمة جاز أن يكون فيه كغيره، والله أعلم بالصواب.

مسألة[1]:

قَالَ الشَّافِعِيُّ: «وَأَكْرَهُ بَيْعَ شَيْءٍ مِنْهُ وَالمُبَادَلَةَ بِهِ وَمَعْقُولٌ مَا أُخْرِجَ لِلَّهِ عَزَّ وَجَلَّ أَنْ لَا يَعُودَ إِلِيَّ مَالِكِهِ إِلَّا مَا أَذِنَ اللَّهُ عَزَّ وَجَلَّ فِيهِ ثُمَّ رَسُولُ اللَّهِ ﷺ فَاقْتَصَرنَا عَلَى مَا أَذِنَ اللَّهُ فِيهِ ثُمَّ رَسُولُ اللَّهِ ﷺ وَمَنَعْنَا البَيْعَ عَلَى أَصْلِ النُّسُكِ أَنَّهُ لِلَّهِ».

قال في الحاوي: أما بيع لحم الأضحية فلا يجوز في حق المضحي لقول الله تعالى: ﴿فَكُلُواْ مِنْهَا وَأَطْعِمُواْ ٱلْبَآئِسَ ٱلْفَقِيرَ﴾ [الحجّ: ٢٨] فنص على أكله وإطعامه، فدل على تحريم بيعه.

ولأن الأموال المستحقة في القرب لا يجوز للمتقرب بيعها الزكوات والكفارات وإنما خصت الضحايا بجواز الأكل، وليس في إباحة الأكل دليل على جواز البيع كطعام الولائم، وأكل الغانمين طعام أهل الحرب.

وأما الفقراء فعلى المضحي أن يدفع إليهم منها لحماً، ولا يدعوهم لأكله مطبوخاً لأن حقهم في تملكه دون أكله ليصنعوا به ما أحبوا، فإن دفعه إليهم مطبوخاً لم يجز حتى يأخذوه نيئاً كما لا يجوز أن تدفع إليهم زكاة الفطر مخبوزاً فإذا أخذه لحماً جاز لهم بيعه كما يجوز لهم بيعه ما أخذوه من الزكوات والكفارات وإن لم يجز المزكي والمكفر بيعه.

وهكذا لا يجوز للمضحي أن يعطي الجازر أجرة جزارته من لحم الأضحية، لأنه يصير معاوضاً به، ولأن رسول الله ﷺ نهى علياً عنه.

---

(١) انظر الأم (٥/ ٢١٣).

ولأن مؤونة ما يستحق إخراجه لازمة للمتقرب كمؤونة الجداد والحصاد، فإن أعطى الجازر أجرته جاز أن يعطيه بعد ذلك من لحمها صدقة إن كان محتاجاً أو هدية إن كان مستغنياً.

فصل:

فأما الجلد فهو في حكم الأضحية في تحريم بيعه على المضحي، وفي جواز تفرده به وجهان:

أحدهما: يجوز، لأنه بعض الأضحية.

والثاني: لا يجوز حتى يشارك فيه الفقراء، لأنه غير اللحم فلزم الإشراك فيه كاللحم، فإن باعه كان بيعه باطلاً، وقال عطاء: يجوز له بيع الجلد؛ وتملك ثمنه لأن مقصود الأضحية إراقة الدم وإطعام اللحم.

وقال الأوزاعي: يجوز له بيع الجلد بآلة البيت التي تعار كالقدر والميزان والسكين، ولا يجوز بيعه للآلة وتلزمه الإعارة.

وقال أبو حنيفة: يجوز له بيعه بالآلة دون غيرها، ولا يلزمه إعارتها اعتباراً بالعرف.

ودليلنا: ما رواه مجاهد، عن عبد الرحمٰن بن أبي ليلى عن علي عليه السلام أنه قال: أمرني رسول الله ﷺ أن أقوم على بدنة فأقسم جلودها وجلالها، وأمرني أن لا أعطي الجازر منها شيئاً، وقال: نحن نعطيه من عندنا[١]، فقسم الجلود كما قسم اللحم، فدل على اشتراكهما في الحكم.

وروى عبد الرحمٰن الأعرج عن أبي هريرة أنه قال: من باع جلد أضحيته فلا أضحية له[٢]، وهذا إن انتشر إجماع، وإن لم ينتشر حجة، إذ ليس له مخالف، ولأنه بعض الأضحية فلم يجز بيعه كاللحم، ولأن ما لم يجز بيع لحمه لم يجز بيع جلده، كدم التمتع والقران.

قَالَ[٣] الشَّافِعِيُّ رَحِمَهُ اللَّهُ: «وَلَا تَجُوزُ الأُضْحِيَةُ لِعَبْدٍ وَلَا مُدْبِرٍ وَلَا أُمِّ وَلَدٍ لأَنَّهُمْ لَا يَمْلِكُونَ».

قال في الحاوي: أما المملكون من العبيد والإماء وأمهات الأولاد والمدبرين فلا يملكون إن لم يملكوا، ولا هو من أهل الضحايا، لأنهم لم يملكوا، فإن ضحى أحدهم بإذن سيده كان نائباً عنه، والأضحية عن السيد لا عنه، وإن ضحى بغير إذن سيده كان متعدياً بالذبح في ملك سيده، وتكون الذبيحة لحماً للسيد، وليس بأضحية، وإن ملكه السيد مالاً، ففي صحة ملكه قولان:

---

(١) تقدم تخريجه.
(٢) أخرجه البيهقي في «الكبرى» (١٩٢٣٣).
(٣) انظر الأم (٥/ ٢١٣).

أحدهما: وهو القديم وبه قال مالك يملكه العبد بتمليك السيد.

والثاني: وهو الجديد، وبه قال أبو حنيفة: لا يملكه العبد، ويكون باقياً على ملك السيد على كلا القولين ليس من أهل الضحايا ملك أو لم يملك، لأن للسيد عليه حجراً وإن ملك، فإن أذن له السيد أن يضحي فذلك ضربان:

أحدهما: أن يضحي عن السيد فيصح ذلك من العبد، ويكون في هذا الإذن بذبحها عن السيد رجوعاً منه في تمليك العبد، ويصير العبد نائباً عن سيده في الذبح، وليس للعبد بعد الذبح أن يفرق اللحم إلا بإذن السيد؛ لأن الإذن الأول كان مقصوراً على الذبح دون التفرقة فاحتاج إلى إذن في التفرقة، فإن كان الإذن في الذبح والتفرقة صحّا جميعاً منه بإذن واحد، ويكون المدفوع إليهم من الفقراء مردودين إلى اجتهاد العبد.

والثاني: أن يأذن له السيد في أن يضحي عن نفسه ففي جوازها عن نفسه قولان إن قيل: إنه يملك إذا ملك جاز وإن قيل: لا يملك إذا ملك لم يجز، فإن قيل بجوازه كانت أضحية عن العبد دون السيد، ولم يكن للسيد أن يرجع فيها بعد الذبح لما استحقه المساكين فيها بالذبح، فإن كان قيل إيجاب الأضحية وتعينها صح رجوع السيد فيها، وإن كان بعد إيجابها وتعينها لم يصح رجوع السيد فيها، لأنه من حقوق المساكين كالمذبوحة، وإن قيل: إن أضحية العبد لا تجوز فللسيد منعه من ذبحها قبل التعيين وبعده، وإذا ذبحها العبد كانت ذبيحة لحم ولم تكن أضحية للعبد ولا للسيد.

فصل:

فأما المكاتب، فيملك إكساب نفسه غير أن ملكه ضعيف ولا يماثل ملك الحر، لأنه مقصور على أدائه في مال الكتابة ومؤونة نفسه وللسيد عليه حجر بما استحقه عليه من مال الكتابة، وليس من أهل الضحايا لقصوره ملكه، وإن أراد أن يضحي، فللسيد منعه بحق حجر، فإن أذن له السيد في الأضحية، فإن منع العبد منها إذا ملك كان المكاتب أولى بالمنع فإن جوزت للعبد إذا قيل: إنه يملك ففي جوازها من المكاتب قولان:

أحدهما: تجوز منه وتصح له الأضحية بإذن السيد، وليس فيها بالسواء من مال العبد إذا ملك.

والثاني: لا تصح، لأن سيده لا يملك ما بيده وإن ملك ما في يد عبده فصح إذنه مع عبده وضعف مع مكاتبه.

فصل:

فأما من نصفه حر ونصفه مملوك إذا ملك بنصفه الحر مالاً صح ملكه عليه، ولم يكن للملك رقة حجر عليه؛ لأنه لا حق له فيه، ويكون أهل الضحايا به، ويجوز أن يضحي بغير اعتراض كما لكامل الحرية.

مسألة[(١)]:

قَالَ الشَّافِعِيُّ: «وَإِذَا نَحَرَ سَبْعَةٌ، بَدَنَةً أَوْ بَقَرَةً فِي الضَّحَايَا أَوْ الهَدْيِ كَانُوا مِنْ أَهْلِ بَيْتٍ وَاحِدٍ أَوْ شَتَّى فَسَوَاءٌ وَذَلِكَ يَجْزِي وَإِنْ كَانَ بَعْضُهُمْ مُضَحِّياً وَبَعْضُهُمْ مُهْدِياً أَوْ مُفْتَدِياً أَجْزَأَ لأَنَّ سُبْعَ كُلِّ وَاحِدٍ مِنْهُمْ يَقُومُ مَقَامَ شَاةٍ مُنْفَرِدَةٍ وَكَذَلِكَ لَوْ كَانَ بَعْضُهُمْ يُرِيدُ بِنَصِيبِهِ لَحْماً لَا أُضْحِيَةً وَلَا هَدْياً. وَقَالَ جَابِرُ بْنُ عَبْدِ اللَّهِ نَحَرْنَا مَعَ رَسُولِ اللَّهِ ﷺ يَوْمِ الحُدَيْبِيَّةِ البَدَنَةَ عَنْ سَبْعَةٍ وَالبَقَرَةَ عَنْ سَبْعَةٍ. قَالَ الشَّافِعِيُّ رَحِمَهُ اللَّهُ: وَهُمْ شَتَّى».

قال في الحاوي: أما البدنة في الضحايا والهدايا فهي عن سبعة وكذلك البقرة عن سبعة ويقوم كل سبع مقام شاة وهو قول الجمهور.

وقال إسحاق بن راهويه: البدنة عن عشرة وكذلك البقرة، وبه قال بعض التابعين وهو مروي عن ابن عباس احتجاجاً برواية ابن عباس إنه قال: نحرنا البدنة عن عشرة والبقرة عن عشرة، ولأن رسول الله ﷺ قال: «البدنة في الغنائم بعشر من الغنم» فكذلك في الضحايا.

ودليلنا: ما روي عن مالك عن أبي الزبير عن جابر قال: «نحرنا مع رسول الله ﷺ عام الحديبية البدنة عن سبعة والبقرة عن سبعة»[(٢)] وهذا لا يكون إلا عن أمره، على أن الشافعي قد روى عن يحيى بن حسان عن حماد بن سلمة، عن قيس بن سعد، عن عطاء عن جابر أن النبي ﷺ نحر البدنة عن سبعة والبقرة عن سبعة.

فأما حديث ابن عباس فهو موقوف وليس بمسند ومتروك، وغيره معمول به وهو محمول على تعديلها في الغنائم بعشر من الغنم، ولا يجوز أن يصير ذلك في الضحايا أصلاً، لأنه قد اختلف قتادة جعل بعشر وتارة بأقل وتارة بأكثر. الاشتراك في لحم البدنة والبقرة من حيث الفرض والتطوع.

فصل:

فإذا ثبت أن البدنة عن سبعة والبقرة عن سبعة جاز أن يشترك فيها سبعة من الضحايا والهدايا، ويكون كل سبع منها ضحية لكل واحد منهم، وكذلك لو كانوا مفترضين أو متطوعين في قرب متماثلة أو مختلفة أو بعضهم يريد حقه لحماً، وبعضهم يكون به متقرّباً، وسواء كانوا من أهل بيت واحد أو بيوت شتى.

وقال مالك: إن كانوا مفترضين لم يجز أن يشتركوا، وإن كانوا متطوعين جاز أن يشتركوا إذا كانوا من أهل بيت واحد، ولم يجز أن يشتركوا إذا كانوا من بيوت شتى؛ لأن التطوع أخف حكماً من الفرض وأهل البيت يشتركون في الأكل والإطعام.

---

(١) انظر الأم (٥/ ٢١٣، ٢١٤).

(٢) أخرجه مسلم (١٣١٨)، وأبو داود (٢٨٠٩)، والترمذي (١٥٠٢)، والنسائي (٤٣٩٣)، وابن ماجه (٣١٣٢)، وأحمد (٥/ ٤٠٥).

وقال أبو حنيفة: إذا كانوا متقربين جاز أن يشتركوا مفترضين ومتطوعين سواء أكانوا أهل بيت أو بيوت شتى وإن كان بعضهم متقرباً، وبعضهم يريد سهمه لحماً لم يجز أن يشركوا، لأن مصرف القرب واحد ومصرفها مع اللحم مختلف. والدلالة على مالك حديث جابر قال: «نحرنا بالحديبية البدنة عن سبعة والبقرة عن سبعة». وقد كانوا أشتاتاً من قبائل شتى، ولو اتفقت قبائلهم لم تتفق بيوتهم، ولو اتفقت لتعذر أن يستكمل عدد كل بيت سبعة حتى لا يزيدون عليهم، ولا ينقصون منهم، فبطل به قول مالك في الافتراض والاقتران، وروى جابر قال: أمرنا رسول الله ﷺ أن يشترك السبعة في بدنة، ونحن متمتعون عام الوداع[1]. وهذا يدل على جواز اشتراك المفترضين، لأن دم التمتع فرض.

ولأن كل ما جاز أن يشترك فيه السبعة إذا كانوا مفترضين كالسبع من الغنم وفي هذا انفصال.

والدليل على أبي حنيفة: أن كل ما جاز أن يشترك فيه السبعة إذا كانوا مفترضين جاز أن يشتركوا فيه وإن كان بعضهم غير متقرب كالسبع من الغنم ولأن سهم كل واحد معتبر بنيته لا بنية غيره، لأنهم لو اختلفت قربهم، فجعل بعضهم سهمه عن قران وبعضهم عن تمتع، وبعضهم عن حلق، وبعضهم عن لباس جاز كذلك إذا جعل بعضهم سهمه لحماً، لأن نية غير المتقرب لا تؤثر في نية المتقرب.

وقوله: إن مصرف القرب واحد غير مسلم، لأن مصرف الفرض غير مصرف التطوع ومحل الهدي غير محل الأضاحي.

فصل:

فإذا ثبت ما ذكرنا ونحر السبعة المشتركون بدنة، فإن كانوا متقربين ودفعوا لحمها إلى المساكين ليكونوا هم المقتسمين لها جاز وإن كان بعضهم غير متقرب يريد سهمه لحماً يقاسمهم عليه، فإن قيل في القسمة: إنها إقرار حق وتمييز نصيب جازت القسمة وكان المتقربون بالخيار بين أن يقاسموهم قبل دفع سهامهم إلى المساكين، وبين أن يدفعوها قبل القسمة إلى المساكين، ويكون هم القاسمين، وإن قيل: إن القسمة بيع لم يجز القسمة فإن أراد المتقربون أن يتقاسموه لم تجز لمعنيين:

أحدهما: أن لحوم القرب لا يجوز أن يبيعها المتقرب.

والثاني: أن الطعام الرطب لا يجوز بيع بعضه ببعض خوف الربا، وإن أراد المساكين أن يتقاسموه لم يجز أن يتقاسموه لمعنى واحد، وهو خوف الربا، لأن بيعهم لما أخذوه من القرب جائز وإن تركوه حتى يجف ثم اقتسموه جاز.

---

(١) أخرجه مسلم (١٢١٣).

مسألة[١]:

قَالَ الشَّافِعِيُّ: «والأَضْحَى جَائِزٌ يَوْمَ النَّحْرِ وَأَيَّام مِنًى كُلِّهَا إِلَى المَغِيبِ لأَنَّهَا أَيَّامُ نُسُكٍ. قَالَ المُزَنِيُّ رَحِمَهُ اللَّهُ وَهُوَ قَوْلُ عَطَاءٍ وَالحَسَنِ أَخْبَرَنَا عَلِيُّ بْنُ مَعْبدٍ عَنْ هُشَيْم عَنْ يُونُسَ عَنِ الحَسَنِ أَنَّهُ قَالَ: يُضَحَّى أَيَّامَ التَّشْرِيقِ كُلَّهَا وَحَدَّثَنَا عَلِيُّ بْنُ مَعْبَدٍ عَنْ هُشَيْمٍ عَنِ الحَجَّاجِ عَنْ عَطَاءٍ أَنَّهُ كَانَ يَقُولُ يُضَحَّى فِي أَيَّامِ التَّشْرِيقِ».

قال في الحاوي: أما أيام نحر الضحايا والهدايا فمختلف فيها على ثلاثة مذاهب:

أحدها: وهو مذهب الشافعي وجمهور الصحابة والتابعين والفقهاء أنها أربعة أيام من يوم النحر إلى آخر أيام التشريق الثلاثة حتى تغيب شمسه.

والثاني: ما قاله مالك: إنها ثلاثة أيام من يوم النحر إلى آخر الثاني من أيام التشريق، وهو يوم النفر الأول.

والثالث: وهو قول أبي سلمة بن عبد الرحمٰن وإبراهيم النخعي، وسليمان بن يسار أنها من يوم النحر إلى آخر ذي الحجة، برواية أبي سلمة بن عبد الرحمٰن وسليمان بن يسار أنه بلغهما أن نبي الله ﷺ قال: «إن الضحايا إلى هلال المحرم لمن أراد أن يستأني ذلك»[٢].

وروى يحيى بن سعيد عن أبي أمامة بن سهل بن حنيف يقول: إنه كان المسلمون يشتري أحدهم الأضحية ويسمنها، فيذبحها بعد الأضحى في آخر ذي الحجة[٣] ودليلنا قوله تعالى: ﴿وَيَذْكُرُواْ ٱسْمَ ٱللَّهِ فِىٓ أَيَّامٍ مَّعْلُومَٰتٍ عَلَىٰ مَا رَزَقَهُم مِّنۢ بَهِيمَةِ ٱلْأَنْعَٰمِ﴾ [الحج: ٢٨]، وقد مضى الكلام فيها، ولكن لما جعل النحر أياماً بطل أن يكون شهراً.

وروى سليمان بن موسى عن نافع بن جبير بن مطعم عن أبيه أن رسول الله ﷺ قال: «أيام التشريق كلها ذبح»[٤].

وفيه دليل على مالك حيث جعل ثلاثة أيام التشريق منها، ودليل على من استدامها إلى هلال المحرم، لاختصاص أيام التشريق بها.

وروي عن النبي ﷺ أنه أمر بالنداء في أيام التشريق: «ألا إنها أيام أكل وشرب ونحر وذكر»[٥]. فدل على اختصاص النحر بجميعها، ولأن كل يوم جاز فيه الرمي جاز فيه النحر كاليوم الثاني، وكل يوم لم يجز فيه الرمي لم يجز فيه النحر كالمحرم، ولأنها سميت أيام التشريق لتشريق لحوم الهدايا في شمسها، فلو كان غيرها في حكمها لجاز

---

(١) انظر الأم (٥/ ٢١٤).

(٢) أخرجه الدارقطني (٤/ ٢٧٥)، والبيهقي في «الكبرى» (١٩٢٥٦).

(٣) أخرجه الدارقطني (٤/ ٢٧٥)، والبيهقي في «الكبرى» (١٩٢٥٧).

(٤) أخرجه البيهقي في «الكبرى» (١٩٢٤٢)، وابن عدي في «الكامل» (٦/ ٢٣٩٦).

(٥) تقدم تخريجه.

انطلاق اسم التشريق على جميعها وفي امتناع هذا دليل على فساد ما أدى إليه، وأما الجواب عما احتجوا به فهو أن مثله لا يجوز أن يكون حجة في الدين، ولا طريقاً إلى الأحكام ولو صحّ لجاز فسخه بما هو أثبت منه، واقترن به العمل بضده، والله أعلم.

فصل:

يختار للإمام أن يضحي لكافة المسلمين وعنهم من بيت مالهم بدنة يذبحها في المصلى بعد فراغه من صلاته، لقول الله تعالى: ﴿فَصَلِّ لِرَبِّكَ وَٱنْحَرْ ۝٢﴾ [الكوثر: ٢] وأقل ما ينحره شاة، لأن رسول الله ﷺ نحر بعد صلاته شاة عن أمته، ويتولى نحرها بنفسه اقتداء برسول الله ﷺ والأئمة الراشدين ويخلي بين الناس وبينها فإن ضحى من ماله ذبح حيث شاء، ففرق على ما أراد فأما غير الإمام فيختار أن يضحي في منزله بمشهد أهله، ليفرحوا بالذبح ويستمتعوا باللحم، فإن ضحى بعدد من الضحايا، فيختار أن يفرقها في أيام النحر، فينحر في كل يوم بعضها، لأنه أطول استمتاعاً بلحمها، فإن ضحى برأسين فيجب أن يذبح أحدهما، في أول الأيام، والثاني في آخر الأيام، فإن عدل عن الاختيار فذبح جميعها في يوم واحد، فلا حرج عليه، ويختار أن يبادر إلى الأكل من أكبادها، وأسنمتها اقتداء برسول الله ﷺ، لأنه من أطايبها.

فصل:

ولا تصح الأضحية عن الحمل كما لا يزكى عنه زكاة الفطر ولا يجوز لولي الطفل والمجنون أن يضحي عنهما من أموالهما ويجب أن يخرج زكاة الفطر عنهما من أموالهما، لأن الزكاة فرض والأضحية سنة.

باب العقيقة

مسألة(١):

قَالَ الشَّافِعِيُّ: «أَخْبَرَنَا إِسْمَاعِيلُ بْنُ إِبْرَاهِيمَ عَنْ عُبَيْدِ اللَّهِ بْنِ أَبِي يَزِيدَ عَنْ سِبَاعِ بْنِ وَهْبٍ عَنْ أُمِّ كُرْزٍ قَالَتْ أَتَيْتُ النَّبِيَّ ﷺ أَسْأَلُهُ عَنْ لُحُومِ الهَدْيِ فَسَمِعْتُهُ يَقُولُ: «عَنِ الغُلَامِ شَاتَانِ وَعَنِ الجَارِيَةِ شَاةٌ لَا يَضُرُّكُمْ ذُكْرَاناً كُنَّ أَوْ إِنَاثاً» وسَمِعْتُهُ يَقُولُ: أَقِرُّوا الطَّيْرَ عَلَى مُكُنَاتِهَا. قَالَ الشَّافِعِيُّ رَحِمَهُ اللَّهُ: فَيُعَقُّ عَنِ الغُلَامِ وَعَنِ الجَارِيَةِ كَمَا قَالَ النَّبِيُّ ﷺ».

قال في الحاوي: وأما العقيقة فهي شاة تذبح عند الولادة كانت العرب عليها قبل الإسلام.

اختلف فيها بعد الإسلام فذهب الشافعي إلى أنها سنة مندوب إليها. وقال أبو

(١) انظر الأم (٥/ ٢١٤).

حنيفة: ليست بسنة ولا ندب.

وقال الحسن البصري وداود: هي واجبة واستدل أبو حنيفة على أنها غير مسنونة برواية عمرو بن شعيب عن أبيه عن جده قال: سئل رسول الله ﷺ عن العقيقة فقال: «لا أحب العقوق»(١) وبرواية ابن عقيل عن علي بن الحسن بن أبي رافع أن الحسن بن علي عليهما السلام لما ولد أرادت فاطمة عليها السلام أن تعق عنه كبشاً، فقال لها النبي ﷺ: «لا تعقي عنه واحلقي شعره وتصدقي بوزنه على المساكين»(٢) فلما ولدت الحسين عليه السلام فعلت مثل ذلك، واستدل الحسن على وجوب العقيقة برواية عن سمرة بن جندب، قال: قال رسول الله ﷺ: «الغلام مرتهن بعقيقته، فاذبحوا عنه يوم السابع»(٣).

وروى محمد بن سيرين عن سليمان بن عامر عن النبي ﷺ أنه قال: «مع الغلام عقيقته فأهريقوا عنه دماً وأميطوا عنه الأذى»(٤).

والدليل على أنها سنة وليست بواجبة ما رواه الشافعي بعد حديث أم كرز عن إبراهيم بن محمد بن يحيى بن سعيد عن عكرمة عن ابن عباس: «أن رسول الله ﷺ عق عن الحسن والحسين ابني عليّ عليهم السلام»(٥) فدل على أن نهي فاطمة عنه، لأنه عق عنهما.

وروى الشافعي عن سفيان عن زيد بن أسلم عن رجل من بني ضمرة عن أبيه قال: سمعت رسول الله ﷺ بعرفة على المنبر سئل عن العقيقة فقال: «لا أحب العقوق ولكن من ولد له ولد فأحب أن ينسك عنه فليفعل». فدل على أنه يكره الاسم وندب إلى الفعل.

ولكن وليمة النكاح مسنونة، ومقصودها طلب الولد فكان ولادة الولد أولى بأن يكون الإطعام فيه مسنوناً.

وأما قوله في حديث أم كرز: «أقروا الطير على مكناتها»(٦) رواه أبو عبيد بفتح الميم والكاف يعني به أماكنها وأوكارها، ورواه ابن الأعرابي بفتح الميم وكسر الكاف يعني: وقت تملكها، واستقرارها، وفي المراد به تأويلان مختلفان بحسب اختلاف الرواية:

---

(١) أخرجه أحمد (٢/ ١٩٤)، وعبد الرزاق (٧٩٦١)، وابن أبي شيبة (٨/ ٥٠)، والحاكم (٤/ ٢٣٨).

(٢) أخرجه أحمد (٦/ ٣٩٢)، والبيهقي في «الكبرى» (١٩٢٩٩).

(٣) أخرجه أحمد (٥/ ١٧)، وأبو داود (٢٨٣٧)، والترمذي (١٥٢٢)، والنسائي (٤٢٢٠)، وابن ماجه (٣١٦٥)، والحاكم (٤/ ٢٣٧)، والبيهقي في «الكبرى» (١٩٢٩٢).

(٤) أخرجه البخاري (٥٤٧١)، والترمذي (١٥١٥)، وأحمد (٤/ ٢١٤)، والطبراني في «الكبير» (٦/ ٣٣٥).

(٥) أخرجه أبو داود (٢٨٤١)، والنسائي (٤٢١٩)، وابن حبان (٥٢٨٧)، والحاكم (٤/ ٢٣٧)، والبيهقي في «الكبرى» (١٩٢٩٤).

(٦) أخرجه أبو داود (٢٨٣٥)، وابن حبان (١٤٣٢)، والحميدي (٣٤٧)، والحاكم (٤/ ٢٣٧)، والبيهقي في «الكبرى» (١٩٣٣٦، ١٩٣٣٧).

أحدهما: وهو تأويل الشافعي ومن رواه بكسر الكاف أن العرب كانت تعتاق الطير وتزجرها تفاؤلاً وتطيراً إذا أرادوا حاجة أو سفراً فينفرون أول طائر بسفح لهم، فإن طار ذات اليمين قالوا: هذا طائر الأيامن فتيمنوا به، وتوجهوا، وأيقنوا بالنجاح، وإن طار ذات الشمال قالوا: هذا طير الأشائم فتشاءموا به، وعادوا معتقدين للخيبة، فنهاهم رسول الله ﷺ عن هذا، وقال: «إن الله تعالى يحب الفأل ويكره الطيرة».

وروى قبيصة بن المخارق الهذلي عن النبي ﷺ: «أنه نهى عن الطيرة والعيافة والطرق». العيافة هي: زجر الطير، والطرق: هو الضرب، وبه سميت مطرقة الحداد.

والثاني: وهو قول من رواه بالفتح في الكاف أنه أراد به النهي عن صيد الليلة إذا أوت الطير إلى أماكنها، واختلف من قال بهذا في معنى النهي عن صيد الليل فقال بعضهم لأنه وقت الدعة والراحة وقال آخرون: لأن أوكارها مأوى الهوام المخوف.

فصل:

فإذا تقرر بما ذكرنا أن العقيقة سنة فالكلام فيها يشتمل على ستة فصول: **أحدها** في مقدار العقيقة، وقد اختلف فيه على ثلاثة مذاهب، فعند الشافعي يعقّ عن الغلام شاتان وعن الجارية شاة، وعند مالك يعقّ عن الغلام شاة كالجارية من غير تفضيل؛ لأن رسول الله ﷺ عقّ عن الحسن والحسين كبشاً كبشاً، وقال آخرون: يعقّ عن الغلام، ولا يعقّ عن الجارية؛ لأن العقيقة السرور والسرور يختصّ بالغلام دون الجارية.

والدليل عليهما رواية أم كرز قالت: أتيت رسول الله ﷺ بالحديبية أسأله عن لحوم الهدي فسمعته يقول: «عن الغلام شاتان مكافئتان وعن الجارية شاة لا يضركم ذكراناً أو إناثاً»(١) والمكافئتان المثلان.

وروى الأعرج عن أبي هريرة قال رسول الله ﷺ: «إن اليهود يعقون عن الغلام ولا يعقون عن الجارية فعقوا عن الغلام شاتين وعن الجارية شاة» وفي هذين الحديثين دليل على الفريقين ثم على مالك أنه لما فضل الغلام على الجارية في ميراثه وأحكامه فضل عليها في عقيقته، ودليل على من لم يعق عن الجارية أن العقيقة للتبرك والتيمن، فاقتضى أن يقصد التيمن والتبرك بها بالذبح عنهما، وقد روي عن النبي ﷺ أنه قال: «لو أطاع الله الناس في الناس لم يكن ناس» ومعنى أطاع أي: استحباب دعاءهم معناه أن الناس يحبون أن يولد لهم الذكران دون الإناث، ولو لم يكن الإناث ذهب النسل فلم يكن ناس.

فصل:

والفصل الثاني: في صفة العقيقة وهي من النعم كالضحايا وفي أسنانها من الجذع

---

(١) أخرجه أبو داود (٢٨٣٤)، والترمذي (١٥١٦)، والنسائي (٤٢١٥)، وابن ماجه (٣١٦٢)، والبيهقي (١٩٢٧٦).

من الضأن والثني من المعز، فإن عدل عن الغنم إلى البدن من الإبل والبقر كان أزيد من المسنون وأفضل، وإن عقّ دون الجذع من الضأن ودون الثني من المعز ففي إقامه لسنة العقيقة به وجهان:

أحدهما: لا تقوم به سنة العقيقة اعتباراً بالأضحية وتكون ذبيحة لحم ليست بعقيقة، لأنهما مسنونتان، وقد قيد الشرع سن إحداهما فتقرر به السن فيهما، فعلى هذا لو عيّن العقيقة في شاة وأوجبها وجبت كالأضحية ولم يكن له أن يبدلها بغيرها ويجب أن يتصدق منها على الفقراء لحماً نيئاً ولا يخص بها الأغنياء.

والثاني: أنه يقوم بما دون من الأضحية سنة العقيقة؛ لأن الأضحية أوكد منها لتعلقها بسبب راتب واحد عام، فجاز أن تكون في السن أغلظ منها فعلى هذا لو عيّن العقيقة في شاة أوجبها لم تتعيّن وكان على خياره بين ذبحها أو ذبح غيرها، ويجوز أن يخصّ بها الأغنياء، ولا يلزم أن يتصدق بها على الفقراء، وإن أعطاهم مطبوخاً جاز.

فصل:

والفصل الثالث: في وقت العقيقة ووقت ذبحها هو اليوم السابع لرواية سمرة بن جندب عن النبي ﷺ أنه قال: «الغلام مرتهن بعقيقته فاذبحوا عنه يوم السابع».

واختلف أصحابنا في أول السبعة على وجهين:

أحدهما: ـ وهو قول الأكثرين ـ أنه يوم الولادة ليكون معدوداً من السبعة.

والثاني: ـ وهو قول أبي عبد الله الزبيري ـ: أنه من بعد يوم الولادة، وليس يوم الولادة معدوداً فيها، فإن قدم ذبحها بعد الولادة وقبل كمال السبعة جازت تعجيلاً وقام بها سنة العقيقة، وإن عجلها قبل الولادة لم تقم بها سنة العقيقة وكانت ذبيحة لحم، وإن أخرها بعد السبعة كانت قضاء مجزياً عن سنته ويختار ألا يتجاوز بها مدة النفاس لبقاء أحكام الولادة، فإن أخرها عن مدة النفاس فيختار بعدها أن لا يتجاوز بها مدة الرضاع لبقاء أحكام الطفولة فإن أخرها عن مدة الرضاع فيجب ألا يتجاوز بها مدة البلوغ لبقاء أحكام الصغر فإن أخرها حتى يبلغ سقط حكمها في حق غيره، وكان الولد مجزئاً في العقيقة عن نفسه وليس يمتنع أن يعقّ الكبير عن نفسه.

روى الشافعي عن إبراهيم بن محمد عن المثنى بن أنس عن أبيه أنس بن مالك أن رسول الله ﷺ: «عق عن نفسه بعدما نزلت عليه النبوة»[(١)].

فصل:

والفصل الرابع: فيمن يتحمل العقيقة والذي يتحملها ويختص بذبحها هو الملتزم لنفقة المولود من أب أو جد أو أم أو جدة، لأنها من جملة مؤونة وإن كانت نفقته من ماله

(١) أخرجه البيهقي في «الكبرى» (١٩٢٧٣).

كأن يكون غنياً بميراث وعطية لم يجز أن يخرج من ماله، لأنها ليست بواجبة كما لا يخرج منه الأضحية، وكان الأب أو من قام مقامه في التزام النفقة مندوباً إلى ذبحها عنه، كما لو كان الولد فقيراً، ولا يكون سقوط النفقة عنه مسقطاً لسنة العقيقة عنه، فإن كان الأب معسراً بالعقيقة ثم أيسر بها نظر يساره، فإن كان في وقتها المسنون وهو السابع كانت سنة ذبحها متوجه إليه وإن كان بعد السابع وبعد مدة النفاس سقطت عنه، وإن كان بعد السابع في مدّة النفاس احتمل وجهين:

أحدهما: يكون مخاطباً بسنة العقيقة لبقاء أحكام الولادة.

والثاني: لا يكون مخاطباً بسنتها لمجاورة المشروع من وقتها.

فصل:

والفصل الخامس: فيما يصنع بالعقيقة بعد أن يذبح قيل: يسلك به مسلك الضحايا في الأكل والادخار والصدقة والهدية فإن عدل بها عن الصدقة إلى الأكل كان على ما قدمناه من الوجهين، وتفضيل لحمها.

واختلف أصحابنا في كسر عظمها وطبخ لحمها بالخل على وجهين:

أحدهما: ـ وهو قول البغداديين ـ أنه مكروه تفاؤلاً له بالسلامة وطيب العيش.

والثاني: ـ وهو قول البصريين: أنه غير مكروه؛ لأنه طيرة وقد نهى عنها ولأن ذبحها أعظم من كسر عظمها وملاقاة النار لها أكثر من طرح الخل على لحمها ويكره أن تلطخ جبهة المولود ورأسه بدمها.

وقال الحسن، وقتادة: من السنة أن يستقبل مخرج الدم من أوداجها بصوفه يلطخ بها رأس المولود ثم يغسل روى همام عن قتادة عن أنس.

فصل:

والفصل السادس: فيما تقترن بالعقيقة من المندوب إليه في المولود وذلك ثلاثة أشياء:

أحدها: أن يحلق شعره في اليوم السابع ويتصدق بوزنه فضة قال الشافعي: وهذا أحب ما صنع بالمولود بعد الذبح، ولا فرق بين الذكور والإناث ومن الناس من كره ذلك في الإناث، لأن حلق شعورهن مكروه.

وقد روى الشافعي عن إبراهيم بن محمد بن جعفر بن محمد عن أبيه عن جده عن النبي ﷺ: «أنه أمر فاطمة لما ولدت الحسن والحسين عليهما السلام أن تحلق رأسيهما وتتصدق بزنة الشعر فضة ففعلت ذلك وفعلت في سائر أولادها من الإناث».

والثاني: أن يسمى في اليوم السابع لأمر رسول الله ﷺ، ويجب أن يسمى بأحسن الأسماء. روي أنه لما ولد الحسن بن علي قال رسول الله ﷺ: «بم سميتموه؟ قالوا: حرباً. قال: بل سموه حسناً، ولما ولد الحسين قال: «سموه حسيناً»، وقد غير رسول

الله ﷺ أسماء كثيرة من أصحابه اختارها لهم بعد اشتهارهم بها منهم عبد الرحمٰن بن عوف كان اسمه عبد العزى فسماه عبد الرحمٰن ومنهم سلمان الفارسي كان اسمه روزبة فسماه سلمان.

والثالث: أن يختن في اليوم السابع إن قوي بدنه على الختانة ومن أثبت رواية همام أن النبي ﷺ قال: «ويدمى في السابع يأولها في ختانته دون تلطيخه بدم عقيقة».

فإن ضعف بدنه عن الختانة في السابع أخر حتى يقوى عليها فأما المروزي في حديث سليمان بن عامر أن النبي ﷺ قال: «مع الغلام عقيقته فأهريقوا عنه دماً وأميطوا عنه الأذى» ففي هذا الأذى ثلاثة تأويلات:

أحدها: أنه يحلق شعره وهو قول الحسن.

والثاني: أنه يغسل رأسه من دم العقيقة وهو قول قتادة.

والثالث: أنه ختانته وهو أشبه.

فصل:

فأما الفرعة والعتيرة فقد روى الشافعي الفرعة عند العرب أول ما تنتج الناقة يقولون: لا تملكها ويذبحوها رجاء للبركة في لبنها ونسلها والعتيرة ذبيحة كان أهل البيت من العرب يذبحونها في رجب ويسمونها العتيرة الرجبية وقد روى فيها حديثان مختلفان فروى الشافعي عن سفيان عن الزهري عن سعيد بن المسيب عن أبي هريرة قال: قال رسول الله ﷺ: «لا فرعة ولا عتيرة»[١] وهذا نهي عنهما.

وروى أبو قلابة عن أبي المليح عن نبيشة أن رجلاً سأل النبي ﷺ قال: «إنا كنا نعتر عتيرة في الجاهلية في رجب فما تأمرنا فقال: اذبحوا في أي شهر كان»[٢] وروي أنه قال: «وأطعموا» قال: إنا كنا نفرع فرعاً في الجاهلية فما تأمرنا قال: «من كل سائمة فرع» وهذا أمر بهما وليس فيهما ناسخ ولا منسوخ، وفي اختلافهما تأويلان:

أحدهما: أن حديث أبي هريرة في النهي محمول على نهي الإيجاب وحديث نبيشة في الأمر بهما محمول على الاستحباب.

والثاني: أن النهي عنهما على ما ذبح لغير الله من الأصنام والجن والأمر بهما محمول على ما ذبح لوجه الله. والله أعلم بالصواب.

---

(١) أخرجه البخاري (١٥٤٧٣)، ومسلم (١٩٧٦).

(٢) أخرجه أبو داود (٢٨٣٠)، والنسائي (٤٢٢٨، ٤٢٢٩)، وابن ماجه (٣١٦٧)، وأحمد (٥/ ٧٥)، وعبد الرزاق (٧٩٩٩)، والبيهقي في «الكبرى» (١٩٣٣٩).

كتاب الأطعمة

باب ما يحرم من جهة ما لا تأكل العرب

قَالَ[1] الشَّافِعِيُّ رَحِمَهُ اللَّهُ: «قَالَ اللَّهُ جَلَّ ثَنَاؤُهُ: ﴿يَسْـَٔلُونَكَ مَاذَآ أُحِلَّ لَهُمْۖ قُلْ أُحِلَّ لَكُمُ ٱلطَّيِّبَٰتُ﴾ [المائدة: ٤] وَقَالَ النَّبِيُّ ﷺ: ﴿وَيُحِلُّ لَهُمُ ٱلطَّيِّبَٰتِ وَيُحَرِّمُ عَلَيۡهِمُ ٱلۡخَبَٰٓئِثَ﴾ [الأعراف: ١٥٧] وَإِنَّمَا خُوطِبَ بِذَلِكَ الْعَرَبُ الَّذِينَ يَسْأَلُونَ عَنْ هَذَا وَنَزَلَتْ فِيهِمُ الأَحْكَامُ وَكَانُوا يَتْرُكُونَ مِنْ خَبِيثِ الْمَآكِلِ مَا لَا يَتْرُكُ غَيْرُهُمْ».

قال في الحاوي: اعلم أن المأكول ضربان، حيوان ونبات.

فأما النبات، فيأتي.

وأما الحيوان فضربان: بري وبحري، فأما البحري فقد مضى، وأما البري فضربان: دواب وطائر، وهذا الباب يشتمل على ما حلّ منها وحرم، وهو على ثلاثة أضرب:

أحدها: ما ورد النص بتحليله في كتاب أو سنة، فهو حلال.

والثاني: ما ورد النص بتحريمه في كتاب أو سنة فهو حرام.

والثالث: ما كان غفلاً لم يرد فيه نص بتحليل ولا تحريم، فقد جعل الله تعالى له أصلاً يعرف به حلاله وحرامه، في آيتين من كتاب وسنة عن رسوله فأما الآيتان فإحداهما قوله تعالى: ﴿يَسْـَٔلُونَكَ مَاذَآ أُحِلَّ لَهُمْۖ قُلْ أُحِلَّ لَكُمُ ٱلطَّيِّبَٰتُ﴾ [المائدة: ٤] فجعل الطيب حلالاً.

والثانية: قوله تعالى: ﴿وَيُحِلُّ لَهُمُ ٱلطَّيِّبَٰتِ وَيُحَرِّمُ عَلَيۡهِمُ ٱلۡخَبَٰٓئِثَ﴾ [الأعراف: ١٥٧]، فجعل الطيب حلالاً، والخبث حراماً، فكانت هذه الآية أعمّ من الأولى لأن الأولى مقصورة على إحلال الطيبات وهذه تشتمل على إحلال الطيبات وتحريم الخبائث، فجعل الطيب حلالاً، والخبث حراماً، وهذا خطاب من الله تعالى لرسوله ﷺ، يدل على أن الناس سألوه عما يحل لهم ويحرم عليهم، فأمره أن يخبرهم أنه قد أحلّ لهم الطيبات، وحرم عليهم الخبائث، ولا يخلو مراده بالطيب والخبيث من ثلاثة أمور: إما أن يريد به الحلال والحرام كما قال: ﴿كُلُواْ مِن طَيِّبَٰتِ مَا رَزَقۡنَٰكُمۡ﴾ [البقرة: ٧٥، ١٧٢، والأعراف: ١٦٠، وطه: ٨١] يعني من الحلال، ولا يجوز أن يكون هذا مراداً؛ لأنهم سألوه عما يحل ويحرم، فلا يصح أن يقول لهم: الحلال الحلال، والحرام الحرام؛ لأنه لا يكون فيه بيان

---

(١) انظر الأم (٥/ ٢١٤).

للحلال ولا للحرام، وإما أن يريد به الطاهر والنجس، كما قال تعالى: ﴿فَتَيَمَّمُواْ صَعِيدًا طَيِّبًا﴾ [النساء: ٣٤] أي: طاهراً، ولا يجوز أن يكون هذا مراداً، لأن الطاهر والنجس معروف بشرع آخر، فلا يكون في هذا بيان شرعي يغني عن غيره.

وإما أن يريد به ما كان مستطاب الأكل في التحليل، ومستخبث الأكل في التحريم وهذا هو المراد إذا أبطل ما سواه؛ لأنهم يتوصلون بما استطابوه إلى العلم بتحليله، وبما استخبثوه إلى العلم بتحريمه، وإذا كان هذا أصلاً وصار المستطاب حلالاً والمستخبث حراماً وجب أن يعتبر فيه العرف العام، ولا يعتبر فيه عرف الواحد من الناس، لأنه قد يستطيب ما يستخبثه غيره، فيصير حلالاً له وحراماً على غيره والحلال والحرام ما عمّ الناس كلهم، ولذلك اعتبر فيه العرف العام، ولا يجوز أن يراد به عرف جميع الناس في جميع الأزمنة؛ لأنه خاطب به بعضهم دون بعض في بعض الأرض: فاحتيج إلى معرفة من خوطب به من الناس ومعرفة ما أريد به من البلاد، فكان أحق الناس بتوجه الخطاب إليهم العرب لأنهم السائلون المجابون: وأحق الأرض من بلادهم؛ لأنها أوطانهم، وقد يختلفون فيما يستطيبون ويستخبثون بالضرورة والاختيار فيستطيب أهل الضرورة ما استخبثه أهل الاختيار، فوجب أن يعتبر فيه عرف أهل الاختيار، دون أهل الضرورة لأنه ليس مع الضرورة عرف معهود، وهم يختلفون فيها من ثلاثة أوجه:

أحدها: بالغنى والفقر، فيستطيب الفقير ما يستخبثه الغني.

والثاني: بالبدو والحضر، فيستطيب البادية ما يستخبثه الحاضرة.

والثالث: بزمان الجدب وزمان بالخصب، فيستطاب في زمان الجدب ما يستخبث في زمان الخصب، وإذا كان كذلك وجب أن يعتبر فيه أهل الاختيار من جمع الأوصاف الثلاثة، وهم الأغنياء دون الفقراء، أو سكان الأمصار والقرى دون البادية، وفي زمان الخصب دون زمان الجدب، من العرب دون العجم، وبلادهم دون غيرها فتصير الأوصاف المعينة فيمن يرجع إلى استطابته واستخباثه خمسة:

أحدها: أن يكونوا عرباً.

والثاني: أن يكونوا في بلادهم.

والثالث: أن يكونوا من أهل الأمصار والقرى، دون الفلوات.

والرابع: أن يكونوا أغنياء من أهل السبعة.

والخامس: أن يكونوا في زمان الخصب والسعة.

فإذا تكاملت في قوم استطابوا أكل شيء كان حلالاً ما لم يرد فيه نص بتحريمه وإن استخبثوا أكل شيء كان حراماً ما لم يرد نص بتحليله.

فصل:

فإذا تقرر هذا الأصل المعتبر في التحليل والتحريم، لم يخل حالهم فيه من ثلاثة أقسام:

أحدها: أن يتفقوا على استطابته، فيكون حلالاً.

والثاني: أن يتفقوا على استخباثه فيكون حراماً.

والثالث: أن يستطيبه بعضهم ويستخبثه بعضهم، فيعتبر فيه أكثرهم فإن استطابة الأكثرون كان حلالاً، ولم يكن لاستخباث الأقلين تأثير.

وإن استخبثه الأكثرون كان حراماً، ولم يكن لاستطابة الأقلين تأثير وإن تساوى الفريقين في الاستطابة والاستخباث، ولم يفصل أحدهما على الآخر اعتبرت قريش، لأنهم قطب العرب وفيهم النبوة، وهم أول من خوطب بالرسالة، فإن كانوا في المستطيبين حلّ، وإن كانوا في المستخبثين حرم، وإن تساوت قريش فيهم اعتبرت شبه ما اختلفوا فيه بما اتفقوا عليه، فإن كان المستطاب أشبه حل.

وإن كان المستخبث أشبه حرم.

وإن تساوى الأمران ففيه وجهان، من اختلاف أصحابنا في أصول الأشياء قبل ورود الشرع، هل هي الإباحة أو الحظر؟

أحد الوجهين: أنها على الإباحة حتى يرد الشرع بالحظر، فعلى هذا يكون معاً تكافؤ اختلافهم فيه حلالاً.

والثاني: أنها على الحظر حتى يرد شرع بالإباحة، فعلى هذا يكون تكافؤ اختلافهم فيه حراماً، فأما السنة فتأتي.

فصل:

فأما ما لم يكن في أرض العرب، ولا في بلاد العجم، اعتبرت فيه حكمه في أقرب العرب عند من جمع الأوصاف المعتبرة من بلاد العرب، فإن استطابوه كان حلالاً، وإن استخبثوه كان حراماً، فإن اختلفوا فيه اعتبر حكمه عند أهل الكتاب دون عبدة الأوثان، فإن اختلف فيه أهل الكتاب اعتبرت فيه حكمه في أقرب الشرائع بالإسلام، وهي النصرانية، فإن اختلفوا فيه فعلى ما ذكرناه من الوجهين.

مسألة(١):

قَالَ الشَّافِعِيُّ: «وَسَمِعْتُ أَهْلَ العِلْمِ يَقُولُونَ فِي قَوْلِ اللَّهِ عَزَّ وَجَلَّ: ﴿قُل لَّآ أَجِدُ فِي مَآ أُوحِيَ إِلَيَّ مُحَرَّمًا عَلَىٰ طَاعِمٍ يَطْعَمُهُۥٓ﴾ [الأنعام: ١٤٥] الآيَة يَعْنِي مِمَّا كُنْتُم تَأْكُلُونَ وَلَمْ يَكُن اللَّهُ عَزَّ وَجَلَّ لِيُحَرِّمَ عَلَيْهِمْ مِنْ صَيْدِ البَرِّ فِي الإِحْرامِ إِلَّا مَا كَانَ حَلَالاً لَهُمْ في الإِحْلَالِ وَاللَّهُ أَعْلَمُ فَلَمَّا أَمَرَ رَسُولُ اللَّهِ ﷺ بِقَتْلِ الغُرَابِ وَالحِدَأَةِ وَالعَقْرَبِ وَالحَيَّةِ وَالفَأْرَةِ وَالكَلْبِ العَقُورِ دَلَّ ذَلِكَ عَلَى أَنَّ هَذَا مَخْرَجُهُ وَدَلَّ عَلَى مَعْنَى آخَرَ أَنَّ العَرَبَ كَانَتْ لا تَأْكُلُ مِمَّا أَبَاحَ رَسُولُ اللَّهِ ﷺ قَتْلَهُ فِي الإِحْرَامِ شَيْئاً».

---

(١) انظر الأم (٥/ ٢١٤).

قال في الحاوي: اعلم أن مقصود الشافعي بهذه الجملة أمران:

أحدهما: إثبات أصله في التحليل والتحريم، أنه معتبر باستطابة العرب واستخباثهم، وقد قدمناه واستوفيناه.

والثاني: الرد على مخالفةً فيه، وهو مالك، فإنه قال: كل الحيوان حلال إلا ما ورد نص بتحريمه، فأباح حشرات الأرض من الجعلان والديدان وهوامها من الحيات والعقارب وسباع الدواب، وبغاث الطير وجوارحها، وحلل لحوم الكلاب، وحرم لحوم الخيل، وجعل أصله إحلال جميعها إلا ما ورد فيه نص استدلالاً بقول الله تعالى: ﴿قُل لَّآ أَجِدُ فِي مَآ أُوحِيَ إِلَيَّ مُحَرَّمًا عَلَىٰ طَاعِمٍ يَطْعَمُهُۥٓ إِلَّآ أَن يَكُونَ مَيْتَةً أَوْ دَمًا مَّسْفُوحًا أَوْ لَحْمَ خِنزِيرٍ فَإِنَّهُۥ رِجْسٌ أَوْ فِسْقًا أُهِلَّ لِغَيْرِ ٱللَّهِ﴾ [النساء: ١٤٥] وبقوله تعالى: ﴿وَإِذَا حَلَلْتُمْ فَٱصْطَادُوا۟﴾ [المائدة: ٢] فعم ولم يخص قال: ولئن كان المعتبر باستطابة العرب فهم يستطيبون أكل جميعها سئل بعض العرب عما يأكلون وما يذرون؟ فقال: نأكل كل ما دب ودرج إلا أم حبين فقيل له: لتهنأ أم حبين العافية.

ودليلنا مع تقرير الأصل الذي حررنا قول الله تعالى: ﴿وَيُحِلُّ لَهُمُ ٱلطَّيِّبَٰتِ وَيُحَرِّمُ عَلَيْهِمُ ٱلْخَبَٰٓئِثَ﴾ [الأعراف: ١٥٧]. فدل على أن فيها خبيثاً محرماً وطيباً حلالاً، ومالك جعل جميعها حلالاً طيباً.

وروى عاصم بن ضمرة عن علي ـ عليه السلام ـ عن النبي ﷺ: «أنه نهى عن أكل كل ذي ناب من السباع، وكل ذي مخلب من الطير»[1]. فجعل هذا في التحريم أصلاً معتبراً، ومالك لا يعتبره، ويجعل الكل حلالاً.

وروي عن النبي ﷺ أنه قال: «خمس يقتلن في الحلّ والحرم: الغراب والحدأة والعقرب والفأرة والكلب العقور»[2] وما أبيح قتله ولم يحرم في الحرم والإحرام كان حراماً مستثنى من قوله تعالى: ﴿وَإِذَا حَلَلْتُمْ فَٱصْطَادُوا۟﴾ [المائدة: ٢] وهو انفصال عنها، ولأن رسول الله ﷺ قد أحلّ بعض الحيوان وحرم بعضه، وأغفل بعضه، فكان نصه متبعاً في ما أحل وحرم، وبقي المغفل، ولا به له من أصل يعتبر فيه، لأنه ليس له رده إلى التحليل بأولى من رده إلى التحريم، وليس فيه إلا أحد أصلين، إما القياس وإما عرف العرب، ومالك لا يعمل على واحد منهما، ونحن نعمل عليهما، لأننا نعتبر عرف العرب ثم يرجع إلى القياس عند التكافؤ فكنا في اعتبار الأصلين أرجح منه في ترك الأصلين.

فأما الجواب عن قوله تعالى: ﴿قُل لَّآ أَجِدُ فِي مَآ أُوحِيَ إِلَيَّ مُحَرَّمًا عَلَىٰ طَاعِمٍ﴾ [الأنعام: ١٤٥] في وجهين:

أحدهما: لا أجد فيما نزل به القرآن محرماً إلا هذه المذكورة، وما عداها محرم بالسنة.

---

(١) أخرجه مسلم (١٩٣٤)، وأبو داود (٣٨٠٥).

(٢) تقدم تخريجه.

والثاني: لا أجد فيما استطابته العرب محرماً إلا هذه المذكورة.

وقوله: إن العرب كانت تستطيب أكل جميعها، فإنما ذلك في جفاة البوادي لجذب مواضعهم في الضرورات، فقد ذكرنا أن مثلهم لا يعتبر.

مسألة(١):

قَالَ الشَّافِعِيُّ: «وَنَهَى النَّبِيُّ ﷺ عَنْ أَكْلِ كُلِّ ذِي نَابٍ مِنَ السِّبَاعِ وَأَحَلَّ الضُّبُوعَ وَلَهَا نَابٌ، وَكَانَتْ العَرَبُ تَأْكُلُهَا وَتَدَعُ الأَسَدَ وَالنَّمر وَالذِّئْبَ تَحْرِيماً لَهُ بِالتَّقَذُّرِ وَكَانَ الفَرْقُ بَيْنَ ذَوَاتِ الأَنْيَابِ أَنَّ مَا عَدَا مِنْهَا عَلَى النَّاسِ لِقُوَّتِهِ بِنَابِهِ حَرَامٌ وَمَا لَمْ يَعدُ عَلَيْهِمْ بِنَابِهِ الضَّبُعُ وَالثَّعْلَبُ وَمَا أَشْبَهَهُمَا حَلَالٌ».

قال في الحاوي: أما نهي رسول الله ﷺ عن أكل كل ذي ناب من السباع، فهو أصل في التحريم دون الإباحة، وقد رواه الشافعي عن سفيان عن الزهري عن أبي إدريس الخولاني عن أبي ثعلبة الخشني، أن رسول الله ﷺ نهى عن أكل كل ذي ناب من السباع، ومعلوم أن في ذوات الأنياب مأكولاً، فاحتيج إلى تعليل ما حرم به ذوات الأنياب، وقد اختلف في معنى تعليله، فعند الشافعي أن ما قويت أنيابه فعدا بها على الحيوان طالباً له غير مطلوب، فكان عداؤه بأنيابه علة تحريمه وقال من أصحابه أبو إسحاق المروزي: هو ما كان عيشه بأنيابه دون غيره، لا يأكل إلا ما يفرس من الحيوان، فكان عيشه بأنيابه، وإن لم يبتدىء بالعدوى، وإن عاش بغير أنيابه، وهذه ثلاث علل، أعمها علة أبي حنيفة، وأوسطها علة الشافعي وأخصها علة المروزي، فالأسد والذئب والفهد والنمر حرام، لوجود العلل الثلاث فيها، لأنها تبتدىء العدوى بقوة أنيابها وتعيش بفريسة أنيابها، وكذلك أمثالها مما اجتمعت فيه العلل الثلاث.

فأما الضبع فحلال عندنا، لعدم العلتين فيه، لأنه لا يبتدىء بالعدوى، وقد يعيش بغير أنيابه.

وقيل: إنه من أحمق الحيوان، لأن يتناوم حتى يصطاد.

وقال مالك: هو حرام.

وقال أبو حنيفة: مكروه، والمكروه عنده ما يأثم بأكله، ولا يقطع بتحريمه احتجاجاً بنهيه عن أكل كل ذي ناب من السباع، وهو ذو ناب يفرس به، ولأن ما فرس بأنيابه حرم أكله كالسباع.

ودليلنا: مع التعليل الذي قدمناه: ما رواه الشافعي عن سفيان عن ابن جريج، عن عبد الله بن عبيد عن ابن أبي عمارة قال: قلت لجابر: أرأيت الضبع أصيد هو؟ قال:

---

(١) انظر الأم (٥/ ٢١٥).

نعم. قلت: أيؤكل؟ قال: نعم قلت: أسمعت ذلك من رسول الله ﷺ، قال: «نعم»[١]. وهذا نص وقد ورد عن الصحابة فيه ما صار في الحجة كالإجماع، فروي عن ابن عباس وابن عمر أنهما قالا: الضبع حلال، وقال أبو هريرة: الضبع شاة من الضأن، وقال أبو سعيد الخدري: الضبع أحب إلي من دجاجة سمينة، وقد انتشر هذا عنهم ولم يظهر مخالف لهم فكان متردداً بين أن يكون إجماعاً أو حجة في كل واحد منهما دليل، ولأنه حيوان لا ينجس بالذبح، فوجب أن يحل أكله كالنعم.

فأما الجواب عن الاستثناء بالخبر، فهو ما قدمناه من التعليل فيه، وكذلك قياسهم.

فصل:

وأما الضب فهو عندنا حلال، وعند مالك حرام، وعند أبي حنيفة مكروه، واحتج مالك برواية ابن جريج عن أبي الزبير عن جابر قال: أتي بالضب إلى رسول الله ﷺ فأبى أن يأكله وقال: لا أدري لعلها من القرون التي مسخت[٢].

واحتج لأبي حنيفة برواية عبد الله بن دينار عن عبد الله بن عمر أن رجلاً سأل رسول الله ﷺ فقال: ما ترى في الضب فقال: «لست آكله ولا أحرمه»[٣].

ودليلنا ما رواه الشافعي عن مالك عن ابن شهاب عن أبي أمامة بن سهل بن حنيف عن عبد الله بن عباس وخالد بن الوليد أنهما دخلا مع رسول الله ﷺ بيت ميمونة فأتي بضب مجنون فأهوى رسول الله ﷺ بيده، فقال بعض النسوة لميمونة: أخبري رسول الله ﷺ ما يريد أن يأكل، فقالوا: هو خبث فرفع رسول الله ﷺ يده فقلت: أحرام هو يا رسول الله فقال: «لا ولكنه لم يكن بأرض قومي فأجدني أعافه» قال خالد: فأجررته وأكلت ورسول الله ﷺ ينظر[٤].

وروى الشافعي عن إبراهيم بن محمد عبد الله بن أبي صعصعة عن سليمان بن يسار عن ابن عباس قال: دخل رسول الله ﷺ بيت ميمونة ومعه خالد بن الوليد، فإذا خباب فقال: من أين لكم هذا؟ فقالت: أهدت إلى أختي؟ فقال لخالد بن الوليد، ولابن عباس: كلا، قالا: ولا يأكل رسول الله ﷺ فقال: أنى تحضر من الله حاضرة.

وفي هذين الحديثين نص على الإباحة، وقد روى مالك أحدهما، وهو له ألزم، وليس في الحديثين المتقدمين دليل على التحريم، وإنما فيها امتناع من الأكل.

وقد روى أبو إسحاق الشيباني عن يزيد الأصم أنه أنكر الرواية، أنه قال: لا آكله

---

(١) أخرجه الشافعي في المسند (٦٠٩)، والترمذي (١٧٩١)، والنسائي (٢٨٣٦)، وابن ماجه (٣٢٣٦)، والبيهقي في «الكبرى» (١٩٣٨٣).
(٢) أخرجه مسلم (١٩٤٩)، وأحمد (٣/ ٣٨٠).
(٣) أخرجه البخاري (٥٥٣٦)، ومسلم (١٩٤٣).
(٤) أخرجه البخاري (٥٣٩١)، ومسلم (١٩٤٥).

ولا أحرمه، وقال: ما بعث رسول الله ﷺ إلا محللاً ومحرماً.

فصل:

فأما الأرنب فحلال، لأنه لا عدوى فيه، ويعيش بغير أنيابه، وقد روى سعيد بن المسيب قال: قال عمر بن الخطاب: من حاضرنا يوم كذا وكذا فقال: أبو ذر أنا شهدت رسول الله ﷺ أتي بأرنب فقال للذي جاءه بها: رأيتها كأنها تدمي، وكان رسول الله ﷺ لم يأكل وقال للقوم كلوا[1].

وروى صفوان بن محمد، أو محمد بن صفوان قال: اصطدت أرنبين فذبحتهما بمروة ـ يعني بحجر ـ وسألت النبي ﷺ عنها فأمرني بأكلهما[2]. فأما الثعلب فهو حلال.

وقال أبو حنيفة مكروه كالضبع، لأنه يفرس بنابه، وهو على ما قدمناه من التعليلين مباح؛ لأنه لا عدوى فيه، وقد يعيش بغير أنيابه.

وأما ابن آوى ففي إباحته أكله وجهان:

أحدهما: يؤكل، وهو مقتضى تعليل الشافعي، لأنه لا يبتدىء بالعدوى.

والثاني: لا يؤكل، وهو مقتضى تعليل أبي إسحاق المروزي، لأنه يعيش بأنيابه.

فصل:

فأما اليربوع فيؤكل، وقد حكم فيه عمر ـ رضي الله عنه ـ على المحرم بحفرة، وقيل: إنه فار البر فيؤكل، وإن لم يؤكل فار المدن. قد أمر رسول الله ﷺ بقتل الفأرة ولم يأمر بقتل اليربوع.

فأما السنور فضربان: أهلي ووحشي.

فأما الأهلي: فحرام لا يؤكل، لرواية جابر أن النبي ﷺ نهى عن أكل السنور وعن أكل ثمنها، ولأنها تأكل حشرات الأرض، فكانت من الخبائث.

وأما السنور البري ففي إباحة أكله وجهان كابن آوى:

أحدهما: يؤكل وهو مقتضى تعليل الشافعي، لأنه لا يبتدىء بالعدوى.

والثاني: لا يؤكل، وهو مقتضى تعليل المروزي، لأنه يعيش بأنيابه.

قال الشافعي: ويؤكل الوبر والقنفذ والوبر دويبة سوداء أكبر من ابن عرس وفي أكل ابن عرس وجهان:

أحدهما: يؤكل على مقتضى تعليل الشافعي.

والثاني: لا يؤكل على مقتضى تعليل المروزي.

---

(١) أخرجه البيهقي في «الكبرى» (١٩٤٠٢).

(٢) أخرجه أحمد (٣/ ٤٧١)، وأبو داود (٢٨٢٢)، والنسائي (٤٣١٣)، وابن ماجه (٣١٧٥)، وابن حبان (٥٨٥٧)، والحاكم (٤/ ٢٣٥)، والبيهقي في «الكبرى» (١٩٣٩٤).

فإن قيل: فكيف أبحتم أكل القنفذ وقد روى أبو هريرة أنها ذكرت عند رسول الله ﷺ فقال: «خبيثة من الخبائث»[(١)].

قيل: يحتمل إن صحّ الحديث على أنها خبيثة الفعل دون اللحم، لما فيه من إخفاء رأسه عند التعرض لذبحه، وإبداء شوكه عند أخذه.

فأما أم حبين ففي إباحة أكلها وجهان:

أحدهما: تؤكل، وهو مقتضى كلام تعليل الشافعي، وقد نص على أن فيه الجزاء.

والثاني: أنها لا تؤكل، وهو مقتضى تعليل المروزي، وقد قال فيها البدوي ما قال.

فصل:

فأما أكل الحمير، فما كان منها وحشياً فأكله حلال، روى الشافعي عن مطرف بن مازن عن معمر بن يحيى بن أبي كثير، عن عبد الله بن أبي قبالة عن أبيه قال: بينما أنا مع رسول الله ﷺ عام الحديبية، وقد أحرم من أحرم من أصحابي، ولم أحرم، فإذا أنا بحمار وحشي، فحملت عليه فطعنته برمحي فصرعته، فأكلنا من لحمه، ثم لحقت رسول الله ﷺ فقلت: أصبت حماراً وحشياً وعندي منه فأكله وقال للقوم وهم محرمون: «كلوا فأكلوا»[(٢)] فدل هذا الحديث على ثلاثة أحكام: على إباحة أكل الحمار الوحشي، ودل على أن زكاة الصيد الممتنع في أي موضع أصيب من جسده، ودل على أن المحرم يحل له أن يأكل من صيد المحرم إذا لم يصده لأجله.

وروى الصعب بن جثامة قال: أتيت رسول الله ﷺ برجل حمار وحشي، فرده علي فتعمر وجهي، فلما عرف الكراهة في وجهي قال: ما بنا رد عليك، ولكنا قوم حرم، فامتنع من أكله لإحرامه، فإن الصعب صاده لأجله بعد إحلاله من الإحرام. وفي قول الصعب: رجل حمار وحشي تأويلان:

أحدهما: يعني به أحد رجليه التي يمشي عليها.

والثاني: أنه أراد جماعة حمير يقال لها: رجل، كما يقال حيط نعام، وسرب ظباء، وهو أشبه، لأن رسول الله ﷺ لا يقصد وهو في كثير من أصحابه بهدية عضو من حمار.

فأما الحمير الأهلية فأكلها، واختلف أصحابنا، هل حرمت باستخباث العرب لها أو بالنص في المنع منها؟ على وجهين، وبتحريمها قال جمهور الصحابة والتابعين والفقهاء، وقال عبد الله بن عباس وسعيد بن جبير: أكلها حلال احتجاجاً بحديث رواه الشافعي عن سفيان عن مسعر عن عبيد بن الحسن عن أبي معقل قال: أخبرنا رجلان من مزينة قالا: قلنا يا رسول الله إنه لم تبق لنا الشدة إلا الحمر أفنأكل منها؟ فقال: أطعما

(١) أخرجه أبو داود (٣٧٩٩)، وأحمد (٢/ ٣٨١)، والبيهقي في «الكبرى» (١٩٤٣١).

(٢) أخرجه البخاري (١٨٢١)، ومسلم (١١٩٦).

أهلكما من سمين فإني إنما قدرت عليكم بجوال القرية[١]، يعني: أكلة الزبل والعذرة قال الشافعي: لا أعرف من ثبوت هذا الحديث على الانفراد ما أعرف من ثبوت نهي رسول الله ﷺ عن لحوم الحمر الأهلية فأحرمها.

ونهيه عنها دليل على إباحة الحمر الوحشية؛ لأنه إذا نهى عن شيء يجمع صنفين، فقد أباح ما يخرج عن صنفه.

والدليل على تحريم الحمر الأهلية ما رواه الشافعي عن سفيان عن أيوب السختياني عن محمد بن سيرين عن أنس بن مالك قال: صبح رسول الله ﷺ خيبر بكرة، وقد خرجوا بالشاة من الحصن، فلما رأوا رسول الله ﷺ قالوا: محمد والخميس، لم ولجوا إلى الحصن، فرفع رسول الله ﷺ يديه ثلاثاً وقال: الله أكبر، خربت خيبر، إنا إذا نزلنا بساحة قوم فساء صباح المنذرين، فلما فتحوها أصابوا حمراً فطبخوا منها، فنادى منادي رسول الله ﷺ: ألا إن الله ورسوله ينهاكم عنها، فإنها رجس فكفوا القدور وإنها لتفور.

فاحتمل ما حكموا به من أكلها، لأنهم كانوا يستطيبونها كالحمر الوحشية، حتى نهوا عنها بالنص.

واحتمل أن يكونوا هموا بذلك لمجاعة لحقتهم حتى نهوا عنها بالفتح، فلذلك ما اختلف أصحابنا في علة تحريمها على وجهين، والله أعلم.

فصل:

وأما لحم الخيل فأكلها حلال، قال الشافعي لا كل ما لزمه اسم الخيل من العراب والمقاديف والبراذين فأكلها حلال.

وبه قال أبو يوسف وأحمد ومحمد وإسحاق، وقال مالك: كلها حرام.

وقال أبو حنيفة: مكروه، احتجاجاً بقوله تعالى: ﴿وَٱلْخَيْلَ وَٱلْبِغَالَ وَٱلْحَمِيرَ لِتَرْكَبُوهَا وَزِينَةً﴾ [النحل: ٨] فكان في تحريم أكلها دليل من وجهين:

أحدهما: تخصيص منفعتها بالركوب والزينة، فدل على تحريم ما عداه.

والثاني: ضمها إلى ما حرم أكله من الحمير، وبرواية خالد بن الوليد، قال: خرجت مع رسول الله ﷺ إلى خيبر، فأتته اليهود، فشكوا أن الناس قد أسرعوا إلى حظائرهم فقال رسول الله ﷺ: «ألا لا تحل أموال المعاهدين إلا بحقها وحرام عليكم حمر الأهلية وخيلها وبغالها»[٢].

وهذا نص قالوا: ولأنه ذو حافر أهلي، فوجب أن يحرم أكله كالحمير ولأنه حيوان يسهم له، فوجب أن لا يحل أكله كالآدميين.

---

(١) أخرجه أبو داود (٣٨٠٩)، والبيهقي في «الكبرى» (١٩٤٧١).

(٢) أخرجه أبو داود (٣٨٠٦)، وأحمد (٤/ ٩٠).

ودليلنا: ما رواه الشافعي عن سفيان عن عمرو بن دينار عن جابر قال: أطعمنا رسول الله ﷺ لحوم الخيل، ونهانا عن لحوم الحمير[١]، وهذا نص.

وروى الشافعي عن سفيان عن هاشم بن عروة عن فاطمة بنت المنذر، عن أسماء بنت أبي بكر قالت: نحرنا فرساً على عهد رسول الله ﷺ فأكلناه[٢]؛ ولأنها بهيمة لا تنجس بالذبح، فلم يحرم أكلها كالنعم.

فأما الجواب عن الآية فمن وجهين:

أحدهما: أن تعيين بعض منافعها بالذكر لا يدل على ما عداه، كما لا يحرم البيع والشراء.

والثاني: أنه خص الركوب في الخيل، ولحوم الخيل ليست بخيل، وليس جمعه بينها وبين الحمير موجباً لتساويهما في التحريم، كما لم يتساويا في السهم من المغنم.

وأما الجواب في الخبر فمن وجهين:

أحدهما: ضعف الحديث؛ لأن الواقدي حكى أن خالد بن الوليد أسلم بعد فتح خيبر.

والثاني: أنه حرم أخذها من أهلها بالعهد ولم يرد تحريم اللحم.

وأما الجواب عن القياسين فمن وجهين:

أحدهما: أنهما يدفعان النص فأطرحا.

والثاني: أن العرف لما جرى بأكل الخيل، ولم يجر عرف بأكل الآدميين والحمير فافترقا في الحكم، وامتنع الجمع بينهما في التحريم.

فصل:

فأما البغال فأكلها حرام، وهو قول الجمهور، وقال الحسن البصري: حلال تغليباً لحكم الإباحة في الخيل.

ودليلنا حديث خالد بن الوليد عن النبي ﷺ أنه قال: «وحرام عليكم لحوم الحمر الأهليةَ وخيلها وبغالها» ولأن اجتماع الحظر والإباحة يوجب تغليب الحظر في الإباحة، فوجب في البغال أن يغلب تحريم الحمير على إباحة الخيل وهكذا حكم كل متولد من بين مأكول وغير مأكول حرام تغليباً لحكم التحريم على التحليل كالسمع والمتولد بين الضبع والذئب كما أن كل متولد من بين طاهر ونجس فهو نجس، وكل حيوان كان أكل لحمه حراماً كان شرب لبنه حراماً إلا ألبان النساء.

---

(١) أخرجه البخاري (٤٢١٩)، ومسلم (١٩٤١)، وأبو داود (٣٨٠٨)، والترمذي (١٧٩٣)، والنسائي (٤٣٢٧، ٤٣٣٠).

(٢) أخرجه البخاري (٥٥١٠)، ومسلم (١٩٤٢).

مسألة(١):

قَالَ الشَّافِعِيُّ: «وَكَذَلِكَ تَتْرُكُ أَكْلَ النَّسْرِ وَالبَازِيِّ وَالصَّقْرِ وَالشَّاهِينَ وَهِيَ مِمَّا يَعْدُو عَلَى حَمَامِ النَّاسِ وَطَائِرِهِمْ وَكَانَتْ تَتْرُكُ مِمَّا لَا يَعْدُو مِنَ الطَّائِرِ الغُرَابِ وَالحِدْأَةِ والرَّخْمَةِ والْبُغَاثَةَ».

قال في الحاوي: قد مضى الكلام في البهائم الماشية من الوحشية والإنسية فأما الطير فضربان:

أحدهما: ما فيه عدوى على الطائر بمخلبه وافتراس له بمنسره كالبازي والصقر والشاهين والنسر والحدأة والعقاب، فأكل جميعها حرام، وأباحها مالك، ولم يحرم من الطائر كله شيئاً.

ودليلنا رواية عاصم بن ضمرة عن علي ـ عليه السلام ـ ورواية سعيد بن جبير عن ابن عباس أن النبي ﷺ نهى عن أكل كل ذي ناب من السباع وكل ذي مخلب من الطير.

وروي عن النبي ﷺ أنه قال: «يؤكل ما دف ولا يؤكل ما صف» يريد ما حرك جناحه كالحمام وغيره يؤكل، وما صف جناحيه ولم يحركهما كالصقور والنسور، لا يؤكل، ومنه قوله تعالى: ﴿أَوَلَمْ يَرَوْا إِلَى ٱلطَّيْرِ فَوْقَهُمْ صَٰٓفَّٰتٍ وَيَقْبِضْنَ﴾ [تبارك: ١٩].

والثاني: ما لا عدوى فيه، فتنقسم ثلاثة أقسام:

أحدها: ما اغتذى بالميتة والجيف كالبغاث والرخم، فأكله حرام، لخبث غذائه.

والثاني: ما كان مستخبثاً كالخطاطيف والخشاشيف، فأكله حرام، لخبث لحمه.

والثالث: ما لم يخبث غذاؤه، ولا لحمه كالحبارى والكروان، فأكله حلال.

روى سفينة مولى رسول الله ﷺ قال: أكلت مع رسول الله ﷺ لحم حبارى ويقاس على أصله هذه الأقسام الثلاثة ما في نظائرها، فمن ذلك الهدهد أكله حرام، وقد ورد الخبر بالنهي عنه، وكذلك الشقراق والعقعق ولأنها مستخبثة عند العرب، فأما الغراب، فأكله حرام الأسود منه والأبقع سواء.

وحكي عن الشعبي أنه أباح أكله وقال من دجاجة ما أسمنها؟ وقال آخرون: يؤكل منه الأسود دون الأبقع وهذا خطأ؛ لأن رسول الله ﷺ أباح قتله في الحل والحرم.

وقد روى هشام بن عروة عن أبيه عن عائشة أنها قالت: إني لأعجب ممن يأكل الغراب، وقد أذن النبي ﷺ في قتله للمحرم وسماه فاسقاً، والله ما هو من الطيبات وما يشبه الغراب، وليس بغراب الزاغ والغداف، فأما الزاغ فهو غراب الزرع، وأما الغداف، فهو أصغر منه أغبر اللون كالرماد، ولأصحابنا في إباحة أكلها وجهان:

أحدهما: أن أكلها حرام، لشبهها بالغراب، وانطلاق اسمه عليها.

---

(١) انظر الأم (٥/ ٢١٥).

والثاني: ومنه قال أبو حنيفة: إن أكلها حلال، لأنهما يلقطان الحب ويأكلان الزرع ولحمهما مستطاب، وكل طائر حرم أكل لحمه حل أكل بيضه.

مسألة(١):

قَالَ الشَّافِعِيُّ: «وَكَذَلِكَ تَتْرُكُ العَرَبُ اللُّحَكَاءَ وَالعَظَاءَ وَالخَنَافِسَ فَكَانَتْ دَاخِلَةً فِي مَعْنَى الخَبَائِثِ وَخَارِجَةً مِنْ مَعْنَى الطَّيِّبَاتِ فَوَافَقَتِ السُّنَّةُ فِيمَا أَحَلُّوا وَحَرَّمُوا مَعَ الكِتَابِ مَا وَصَفْتُ فَانْظُرْ مَا لَيْسَ فِيهِ نَصُّ تَحْرِيمٍ وَلَا تَحْلِيلٍ فَإِنْ كَانَتِ العَرَبُ تَأْكُلُهُ فَهُوَ دَاخِلٌ فِي جُمْلَةِ الحَلَالِ وَالطَّيِّبَاتِ عِنْدَهُمْ لأَنَّهُمْ كَانُوا يُحَلِّلُونَ مَا يَسْتَطِيبُونَ وَمَا لَمْ يَكُونُوا يَأْكُلُونَهُ بِاسْتِقْذَارِهِ فَهُوَ دَاخِلٌ فِي مَعْنَى الخَبَائِثِ وَلَا بَأْسَ بِأَكْلِ الضَّبِّ وُضِعَ بَيْنَ يَدَي رَسُولِ اللَّهِ ﷺ فَعَافَهُ فَقِيلَ: أَحَرَامٌ هُوَ يَا رَسُولَ اللَّهِ؟ قَالَ: «لَا وَلَكِنْ لَمْ يَكُنْ بِأَرْضِ قَوْمِي» فَأُكِلَ بَيْنَ يَدَيْهِ وَهُوَ يَنْظُرُ إِلَيْهِ وَلَوْ كَانَ حَرَاماً مَا تَرَكَهُ وَأَكْلَهُ».

قال في الحاوي: وهذا صحيح، حشرات الأرض وهوامها حرام فالهوام ما كان مؤذياً كالحيات والعقارب، وحشراتها ما ليس بمؤذٍ، كالخنافس والجعلان، والديدان والنمل، والوزع والعظاء واللحكاء وهي دويبة كالسمكة تسكن في الرمال إذا أحست بالإنسان غاصت فيه، وهي صقيلة الجلدة، والعرب تشبه أنامل المرأة بها، والوزع وهو كالسمكة خشنة الجلد، ويعرض مقدمها، ويدق مؤخرها، فهذا كله غير مأكول.

وأباح مالك أكل جميعه، وكره الحية، ولم يحرمها، وكذلك الفأرة والغراب وفيما قدمناه من الدليل معه على هذا الأصل مقنع، وسواء في تحريم الديدان ما تولد في الطعام أو في الأرض، ومن الفقهاء من أباح أكل ما تولد في الطعام، وحرم أكل ما تولد في الأرض، وكلاهما مستغيث، فاستويا.

وهكذا الذباب والزنابير، وسواء كان من زنابير العسل وغيرها، فإن قيل: فإذا كان عسلها مأكولاً، فهلا كان أكلها حلالاً؟

قيل: هي مستخبثة ومؤذية، وليس يمتنع أن يحرم أكلها، وإن حلّ عسلها كألبان النساء في إباحة شربه مع تحريم لحومهن فأما ما يحل أكله، فيكثر تعداده، وهو ما يمنع الحرم والإحرام من قتله وفيه إذا أصابه المحرم الجزاء إلا يسمع.

وما تولد من بين مأكول وغير مأكول، فإنه لا يؤكل، ويجب فيه الجزاء، تغليباً للحظر في الأمرين.

وقال أبو العباس بن القاص: لا جزاء فيه، لأنه غير مأكول، ووهم فيه؛ لأن تغليب الحظر موجبه، والله أعلم بالصواب.

---

(١) انظر الأم (٥/ ٢١٥).

فصل:

روى مجاهد عن ابن عمر أن النبي ﷺ «نهى عن أكل الجلالة وألبانها»[(١)] وروى نافع عن ابن عمر أن النبي ﷺ «نهى عن الجلالة والمجثمة وعن المصبورة»[(٢)].

فأما الجلالة فهي التي ترعى الجلة، وهي البعر والعذرة، فحمل بعض أصحاب الحديث النهي على التحريم، وبه قال سفيان الثوري، وأحمد بن حنبل. وعندي أنه محمول على الكراهة دون التحريم؛ لأن النهي عنها وارد، لأجل ما تأكله من الأنجاس، وهي تغتذيه في كرشها، والعلف الطاهر ينجس في الكرش، فساوى في حصوله منه حال النجس؛ ولأن لحومها ترعى الأنجاس نتن، وأكل اللحم إذا نتن يحرم وإذا كان هكذا فلما كان أكثر غذائه رعي الأنجاس، كان أكل لحمه وشرب لبنه مكروهاً.

فأما ركوبه، فيكره إذا كان عرياً لنتن عرقه، ولا يكره إذا كان موكفاً أو مسرجاً، فإن كان أكثر ما يغتذيه طاهراً، وإن اغتذى في بعضها نجساً لم يكره اعتباراً بالأغلب، ويختار في الجلالة إذا أريد شرب لبنها أو أكل لحمها أن تحبس عن الأقذار بالعلف الطاهر في البعير أربعين يوماً، وفي الشاة سبعة أيام، وفي الدجاجة ثلاثة أيام، وليست هذه المقادير توفيقاً لا يزاد عليه، ولا ينقص منه؛ لأن المقصود زوال ما أنتن من أبدانها، والأغلب أنها تزول بهذه المقادير، فإن زالت بأقل منها زالت الكراهة وإن لم تزل فيها بقيت الكراهة حتى تزول مما زاد عليها، فإن أكل منها قبل علفها نظر في رائحة لحمها، فإن لم يتغير بأكل النجاسة كان حلالاً، وإن تغير بها فإن كان يسيراً لم يستوعب رائحة تلك النجاسة حلّ أكله، وإن كانت كثيرة قد استوعبت رائحة تلك النجاسة حلّ أكله، وإن كانت كثيرة قد استوعبت رائحة تلك النجاسة أو قاربها، ففي إباحة أكله وجهان حكاهما ابن أبي هريرة:

أحدهما: مباح، لأنه من أصل مأكول.

والثاني: أنه حرام، لأنه قد صار من الخبائث، وهكذا نقول في الجدي إذا ارتضع من لبن كلبة أو خنزيرة حتى نبت له لحمه كانت إباحة أكله على هذين الوجهين فإما المجثمة التي روى ابن عباس النهي عنها، فهي التي جثمت على الموت بضرب أو غيره، وفرق بين الصيد الجاثم والمجثوم، فالجاثم الممتنع، ويحل أكله إذا جثم بحديدة، والمجثوم المقدور عليه لا يحل أكله إلا بذكاة.

والمصبورة: هي التي حبست عن الطعام والشراب حتى ماتت، ولا يحل أكلها في ممتنع، ولا مقدور عليه.

وأما المختطفة ففيها وجهان:

---

(١) أخرجه الدارقطني (٤/ ٢٨٣)، والحاكم (٢/ ٣٩)، والبيهقي في «الكبرى» (١٩٤٧٢).

(٢) أخرجه أبو داود (٣٧١٩)، والترمذي (١٨٢٥)، والنسائي (٤٤٤٨)، وأحمد (١/ ٢٢٦).

أحدهما: ما اختطفه السبع من الحيوان أكله حرام قاله ابن قتيبة.

والثاني: أنها النهبة لاختطافها بسرعة ومنه سمي الخطاف لسرعته قاله ابن جرير.

وروي عن النبي ﷺ أنه قال: «لا تتخذوا ذا الروح غرضاً»[1] وهو رمي الحيوان حتى يموت، فإن كان من مقدور عليه حرم أكله، وإن كان من ممتنع حلّ أكله إن كان بمحدد، وحرم إن كان بمثقل.

فصل:

فأما أكل الأجنة، وهو أن تذبح البهيمة، فيوجد في بطنها جنين، فإن كان حياً مقدوراً على ذكاته لم يحل أكله إلا بالذكاة، وإن كان ميتاً أو حياً قصرت مدة حياته عن ذكاته، حلّ أكله بذكاة أمه، وهو إجماع الصحابة وقاله مالك والأوزاعي والثوري، وأبو يوسف ومحمد، وأحمد، وإسحاق، وتفرد أبو حنيفة. فحرم أكله احتجاجاً بقول الله تعالى: ﴿حُرِّمَتْ عَلَيْكُمُ الْمَيْتَةُ﴾ [المائدة: ٣] وبقول النبي ﷺ: «أحلت لنا ميتتان ودمان: الميتتان: الحوت والجراد، والدمان: الكبد والطحال»[2]، وهذه ميتة ثالثة: يوجب الخبر أن تكون محرمة، ولأنه من جنس ما يذكى، فوجب أن لا يحل إلا بالذكاة كالأم، ولأنه ذبح واحد، فلم يجز أن تكون ذكاة الاثنيين كما لو خرج الجنين حياً، ولأن ما كان موته «ذكاة» في غير المقدور عليه كان موته ذكاة في المقدور عليه، وما لم يكن قوته ذكاة في المقدور عليه لم يكن ذكاة في غير المقدور عليه كالصيد والنعم فلما لم يكن موت المقدور عليه من الأجنة ذكاة لم يكن موت غير المقدور عليه ذكاة، ولأن العقر من جميع المذكي معتبر، وإنما يختلف في المقدور عليه وغيره باختلاف المحل، ولا يختلف باعتباره في بعضه وإسقاطه في بعضه وقد اعتبرتم العقر في المقدور عليه وأسقطتموه في غير المقدور عليه، وهذا مخالف للأصول.

ودليلنا قوله تعالى: ﴿يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا أَوْفُوا بِالْعُقُودِ أُحِلَّتْ لَكُمْ بَهِيمَةُ الْأَنْعَامِ﴾ [المائدة: ١]. قال ابن عباس، وابن عمر: بهيمة الأنعام هي أجنتها إذا وجدت ميتة في بطون أمهاتها يحلّ أكلها بذكاة الأمهات، وهذا من أول أحكام هذه السورة التي هي من أكثر الأحكام المشروعة والغالب من تأويلهم هذا أنهم لم يقولوه إلا نقلاً.

ومن السنة ما رواه عاصم بن ضمرة عن علي ـ عليه السلام ـ ورواه عكرمة عن ابن عباس ورواه نافع عن ابن عمر، ورواية أبي الزبير عن جابر، ورواية ابن سيرين عن أبي هريرة: أن النبي ﷺ قال: «ذكاة الجنين ذكاة أمه»[3].

---

(١) أخرجه مسلم (١٩٥٧)، والنسائي (٤٤٤٣)، وابن ماجه (٣١٨٧)، وأحمد (١/ ٢٨٠، ٢٨٥، ٣٤٥).

(٢) تقدم تخريجه.

(٣) أخرجه أبو داود (٢٨٢٨)، والدارمي (٢/ ١١٥)، والحاكم (٤/ ١١٤)، والطبراني في «الكبير» (٨/ ١٠٢، ١٠٣).

فجعل إحدى الذكاتين نائبة عنهما، أو قائمة مقامهما، كما يقال: مال زيد مالي ومالي مال زيد. يريد أن أحد المالين ينوب عن الآخر، ويقول مقامه.

فإن قيل: إنما أراد به التشبيه دون النيابة، ويكون معناه: ذكاة الجنين كذكاة أمه؛ لأن قدم الجنين على الأم، فصار تشبيهاً بالأمر، ولو أراد النيابة لقدم الأم على الجنين فقال: ذكاة الأم ذكاة جنينها ـ ففيه ثلاثة أجوبة:

أحدها: أن اسم الجنين منطلق عليه، إذا كان مستجناً في بطن أمه، فيزول عنه الاسم إذا انفصل عنها، فيسمى ولداً. قال الله تعالى: ﴿وَإِذْ أَنتُمْ أَجِنَّةٌ فِي بُطُونِ أُمَّهَاتِكُمْ﴾ [النجم: ٣٢]. وهو في بطن أمه لا يقدر على ذكاته، فبطل أن يحمل على التشبيه، ووجب حمله على النيابة.

والثاني: أنه لو أراد التشبيه دون النيابة، لساوى الأم غيرها، ولم يكن لتخصيص الأم فائدة، فوجب أن يحمل على النيابة دون التشبيه، ليصير لتخصيص الأم تأثير.

والثالث: لو أراد التشبيه لنصب ذكاة أمه لحذف كاف التشبيه، والرواية مرفوعة: «ذكاة أمه» فثبت أنه أراد النيابة دون التشبيه.

فإن قيل: فقد روي بالنصب: «ذكاة الجنين ذكاة أمه».

قيل: هذه الرواية غير صحيحة، ولو سلمت لكانت محمولة على نصبها بحذف «يا» النيابة دون كاف التشبيه لما قدمناه، ولأنه إثبات الذكاة لم يجز أن يحمل على نفيها، لأنهما ضدان، ولا نفعل النفي من الإثبات كما لا نفعل الإثبات من النفي، ويكون معناه: ذكاة الجنين بذكاة أمه، ولو احتمل الأمرين لكانتا مستعملتين، فتستعمل الرواية المرفوعة على النيابة إذا خرج ميتاً، وتستعمل الرواية المنصوبة على التشبيه: إذا خرج حياً، فيكون أولى ممن استعمل إحداهما، وأسقط الأخرى.

ويدل عليه أيضاً نص لا يحتمل هذا التأويل، وهو ما رواه يحيى بن سعيد القطان عن مجالد عن أبي الوداني عن أبي سعيد الخدري، قال: قلت: يا رسول الله ننحر الناقة، وتذبح البقرة أو الشاة في بطنها جنين ميت أنلقيه أم نأكله؟ فقال: «كلوه إن شئتم، فإن ذكاة الجنين ذكاة أمه»[1]؛ ولأنه إجماع الصحابة. روي ذلك عن علي وابن عباس وابن عمر رضي الله عنهم، وقال عبد الرحمٰن بن كعب بن مالك: كان أصحاب رسول الله ﷺ يقولون: «ذكاة الجنين ذكاة أمه». وما انعقد به إجماعهم لم يجز فيه خلافهم.

ومن الاعتبار هو أن الجنين يغتذي بغذاء أمه، فلما كانت حياته بحياتها جاز أن تكون ذكاته بذكاتها كالأعضاء.

فإن قيل: فأعضاؤها لا تعتبر ذكاتها بعدها، وأنتم تعتبرون ذكاة الجنين إذا خرج حياً، فدل على افتراقهما.

---

(١) أخرجه أبو داود (٢٨٢٧)، والترمذي (١٤٧٦)، والدارقطني (٤/ ٢٧٤).

قيل: لا فرق بينهما، لأننا جعلنا ذكاته بذكاتها، إذا خرجت روحه، بخروج روحها، وإذا خرج حياً لم تخرج روحه لخروج روحها، فلم تحل بذكاتها كذلك الأعضاء إذا خرجت منها الروح بخروج روحها حلت، ولو خرجت الروح منها بغير خروج الروح من أصلها لقطعها قبل ذبحها لم تؤكل، فاستويا، وقد يتحرر من هذا الجواب المعلل قياس ثان، فيقال: حيوان خرجت روحه بذكاة، فجاز أن يكون مأكولاً، كالأم، ولا يدخل الجنين المتولد من حمار وحشي، وحمار أهلي لا يحل أكله بذكاة أمه، لأننا أجمعنا بينه وبين الأم، والأم تؤكل إذا لم تتولد من بين جنسين كذلك الجنين.

فإن قيل: إنما مات باختناقه في بطن أمه، واحتباس نفسه، لا بالذكاة فدخل في تحريم المنخنقة.

قيل: لا يجوز أن يعلق على الأسباب المباحة أحكام المحظورات كما لا يجوز أن يعلق على الأسباب المحظورة أحكام المباحات وموت الجنين بذبح أمه مباح، يتعلق به إحلال الأم، فتبعها في الحكم، والمنخنقة ضدها؟ لتحريم جميعها، فتعلق به تحريم أكلها.

ويدل على ما ذكرناه أن الذكاة معتبرة بالقدرة بعد الأسباب المباحة، وهي تنقسم ثلاثة أقسام.

فقسم يمكن ذبحه، وهو المقدور عليه من الصيد والنعم، فلا ذكاة له إلا في حلقه ولبته.

وقسم ممتنع لا يمكن ذبحه، ويمكن عقره، وهو الصيد، فذكاته بعقره من أي موضع وقع من جسده، لتعذر ذبحه.

وقسم يتعذر ذبحه وعقره وهو الحوت والجراد؟ لأن موت الحوت بعد موته سريع وعقر الجراد شاق، فكان موتهما ذكاة.

وإن كان هذا أصلاً متفقاً عليه وجب أن يعتبر في الجنين، فإن لم يقدر على ذبحه لسرعة موته، كان موته ذكاة له، فالحوت والجراد، وإن كان مقدوراً على ذبحه، لبقاء حياته كانت ذكاته في الحلق واللبة، كالمقدور عليه في الصيد والنعم، فيصير الخلاف فيه مردوداً إلى الأصل المتفق عليه، ولأنه لما سرى حكم الأم إلى جنينها في البيع الهبة والعتق سرى إليه في الذكاة والإباحة.

ألا ترى أن الجناية على الأم إذا ألقته ميتاً، كالجناية عليه في وجوب الضمان؟ فصار في جميع أحواله ملحقاً بأمه، فكانت الذكاة منها، ولم يجز أن يقتطع عنها.

فإن قيل: لو لحق بها في الذكاة إذا خرج ميتاً لم يحتج إلى الذكاة، إذا خرج حياً فعنه جوابان:

أحدهما: إنما حلّ إذا خرج ميتاً لفراق روحه بذكاتها، ولم يحل إذا خرج حياً لأن روحه لم يفت بذكاتها.

والثاني: أنه لا يجوز أن يعتبر خروجه حياً في الذكاة بخروجه ميتاً كما لا يعتبر في

الجناية؛ لأنه إذا خرج ميتاً كانت ديته معتبرة بأمه، وإذا خرج حياً كانت ديته معتبرة بنفسه، كذلك في الذكاة.

فأما الجواب عن الآية والخبر فمن وجهين:

أحدهما: أن الخبر خارج عن الميت؟ لأن موته بذكاة أمه، ولو مات بغير ذكاتها فألقته ميتاً حرم؟ لأنه ميتة.

والثاني: أن عموم الآية مخصوص في الجنين بالخبر، كما خصت في الحوت والجراد، وملحق بالحوت والجراد؟ لما ذكرنا من اشتراكهما في المعنى وأما الجواب عن قياسه على الأم، فهو أن ذكاتها مقدور عليها، فلم تحل إلا بها، وذكاة الجنين غير مقدور عليها، فحل ولو قدر على ذكاته لم يحل إلا بها كالأم، وهو الجواب عن قياسهم عليه، إذا خرج ميتاً؛ لأنه يقدر على ذكاته حياً، فاعتبرت؛ ولأنه يقدر على ذكاته ميتاً فسقطت.

وأما الجواب عن استدلالهم بالتسوية بين حالتي موته وحياته، فهو أن التسوية بين حالتي القدرة، والعجز في الذكاة مطرحة، والفرق بينهما أحق كالصيد لما اختلفت ذكاته، في القدرة والعجز اختلف بها حكم الجنين فامتنع الجمع.

وأما الجواب بأن العقر في جميع الحيوان معتبر وإنما يختلفان بالقدرة والعجز في اختلاف المحل، فمن وجهين:

أحدهما: أن العقر فيه معتبر، وهو ذبح الأم.

والثاني: أنه لما اعتبرت الذكاة بالقدرة عليها وجب أن يعتبر العقر بالقدرة عليه، وهي متعذرة في الجنين، فسقطت بالعجز، كما سقطت في الحوت والجراد، ولم تسقط في الصيد؛ لإمكانه فيه.

فصل:

فإذا ثبت إباحة الجنين بذكاة أمه، فلا يخلو حاله من ثلاثة أقسام:

أحدها: أن يكون كامل الصورة تجب فيه الغرة، وتصير به الأمة أم ولد، فهذا مأكول.

والقسم الثاني: أن يكون علقة لا تجب فيه العزة، ولا يصير به أم ولد، فهذا غير مأكول؛ لأن العلقة دم.

والقسم الثالث: أن يكون مضغة قد انعقدت لحماً لم تشكل أعضاؤه، ولم تبن صورته، ففي إباحة أكله وجهان من اختلاف قوليه في وجوب الغرة وكونها أم ولد:

أحدهما: يؤكل إذا جرى عليه في ذلك حكم الولد.

والثاني: لا يؤكل إذا سلب حكم الولد، وقال بعض أصحابه إن نفخ فيه الروح أكل، وإن لم ينفخ فيه لم يؤكل، وهذا مما لا سبيل إلى إدراكه، وإنما يستدل على خلقها فيه بتخطيط صورته وتشكل أعضائه، والله أعلم.

باب كسب الحجام

مسألة[١]:

قَالَ الشَّافِعِيُّ رَحِمَهُ اللَّهُ: «وَلَا بَأْسَ بِكَسْبِ الحَجَّامِ فَإِنْ قِيلَ: فَمَا مَعْنَى نَهْيِ النَّبِيِّ ﷺ السَّائِلَ عَنْ كَسْبِهِ وَإِرْخَاصِهِ فِي أَنْ يُطْعِمَهُ رَقِيقَهُ وَنَاضِحَهُ؟ قِيلَ: لَا مَعْنَى لَهُ إِلَّا وَاحِدٌ وَهُوَ أَنَّ لِلمَكَاسِبِ حَسَناً وَدَنِيئاً فَكَانَ كَسْبُ الحَجَّامِ دَنِيئاً فَأُحِبُّ لَهُ تَنْزِيهِ نَفْسِهِ عَنِ الدَّنَاءَةِ لِكَثْرَةِ المَكَاسِبِ الَّتِي هِيَ أَجْمَلُ مِنْهُ فَلَمَّا زَادَهُ فِيهِ أَمَرَهُ أَنْ يَعْلِفَهُ نَاضِحَهُ وَيُطْعِمَهُ رَقِيقَهُ تَنْزِيهاً لَهُ لَا تَحْرِيماً عَلَيْهِ وَقَدْ حَجَمَ أَبُو طَيْبَةَ رَسُولَ اللَّهِ ﷺ فَأَمَرَ لَهُ بِصَاعٍ مِنْ تَمرٍ وَأَمَرَ أَهْلَهُ أَنْ يُخَفِّفُوا عَنْهُ مِنْ خَرَاجِهِ وَلَوْ كَانَ حَرَاماً لَمْ يُعْطِهِ رَسُولُ اللَّهِ ﷺ لأَنَّهُ لَا يُعْطِي إِلَّا مَا يَحِلُّ إِعْطَاؤُهُ وَلآخِذِهِ مِلْكُهُ وَقَدْ رُوِيَ أَنَّ رَجُلاً ذَا قَرَابَةٍ لِعُثْمَانَ قَدِمَ عَلَيْهِ فَسَأَلَهُ عَنْ مَعَاشِهِ فَذَكَرَ لَهُ غَلَّةَ حَجَّامٍ أَوْ حَجَّامَيْنِ فَقَالَ إِنَّ كَسْبَكُمْ لَوَسِخٌ أَوْ قَالَ لَدنِس أَوْ لَدَنِيءٌ أَوْ كَلِمَةً تَشْبِيهاً».

قال في الحاوي: اعلم أن الحاجة إلى المكاسب داعية لما فطر الله تعالى عليه الخلق من الحاجة إلى الطعام، والشراب، والكسوة لنفسه، ومن يلزمه الإنفاق عليه من مناسب ومصاحب وأصول المكاسب المألوفة ثلاثة: زراعة، وتجارة وصناعة، فينبغي للمكتسب بها أن يختار لنفسه أطيبها، لقول الله تعالى: ﴿يَٰٓأَيُّهَا ٱلَّذِينَ ءَامَنُوٓاْ أَنفِقُواْ مِن طَيِّبَٰتِ مَا كَسَبْتُمْ﴾ [البقرة: ٢٦٧].

وروي عن النبي ﷺ أنه قال: «من لم يبالِ من أين مطعمه ولا من أين مشربه لم يبال الله من أي أبواب النار أدخله».

واختلف الناس في أطيبها، فقال قوم: الزراعات، وهو عندي أشبه؛ لأن الإنسان فيها متوكل على الله، في عطائه، مستسلم لقضائه.

وقال آخرون: التجارة أطيبها، وهو أشبه بمذهب الشافعي؛ لتصريح الله تعالى بإحلاله في كتابه، بقوله: ﴿وَأَحَلَّ ٱللَّهُ ٱلْبَيْعَ﴾ [البقرة: ٢٧٥].

واقتداء بالصحابة رضي الله عنهم في اكتسابهم بها.

وقال آخرون: الصناعة، لاكتساب الإنسان فيها بكد يديه.

وقد روي عن النبي ﷺ أنه قال: «إن من الذنوب ما لا يكفره صوم ولا صلاة ولكن يكفره عرق الجبين في طلب الحرفة»[٢].

---

(١) انظر الأم (٥/ ٢١٥).

(٢) أخرجه الطبراني في «الأوسط» كما في «مجمع الزوائد» (٤/ ٦٣)، وقال الهيثمي: «وفيه محمد بن سلام المصري، قال الذهبي: حدث عن يحيى بن بكير بخبر موضوع، قلت: وهذا فيما رواه عن يحيى بن بكير».

فأما الزراعة فلا مدخل لها في تحريم ولا كراهية، وهذا أول شيء على أنها أطيب المكاسب، وأما التجارة، فتنقسم ثلاثة أقسام: حلال، وهي: البيوع الصحيحة.

وحرام: وهو البيوع الفاسدة. ومكروه: وهو الغش والتدليس.

وأما الصناعة فتقسم ثلاثة أقسام.

حلال: وهو ما أبيح من الأعمال التي لا ندس فيها كالكتابة والتجارة والبناء.

وحرام: وهو ما حظر من الأعمال كالتصاوير والملاهي.

ومكروه: وهو ما باشر فيه النجاسة كالحجام، والجزار، وكناس الحشوش، والأقذار والنص فيه وارد في الحجام، وهو أصل نظائره، والنص فيه ما رواه معمر عن الزهري عن حرام بن محيصة عن أبيه أنه سأل النبي ﷺ عن أجر الحجام فنهاه عنه، فشكا من حاجتهم، فقال: «اعلفه ناضحك وأطعمه رقيقك»[(١)].

فذهب بعض أصحاب الحديث إلى أنه حرام على الأحرار حلال للعبيد؛ لأن النبي ﷺ نهى عن السادة دون العبيد، واعتمدوا فيه على رواية رافع بن خديج أن النبي ﷺ قال: «كسب الحجام خبيث ومهر البغي خبيث، وثمن الكلب خبيث»[(٢)] فلما وصفه بالخبث، وقرنه بالحرام كان حراماً.

والدليل على فساد ما ذهبوا إليه ما رواه علي بن أبي طالب عليه السلام أن النبي ﷺ احتجم وأمرني أن أعطي الحجام أجرة.

وروى أنس بن مالك أن أبا طيبة حجم رسول الله ﷺ، فأمر له بصاع من تمر، وأمر مواليه أن يخففوا عنه من خراجه[(٣)]، قال جابر: وكان خراجه ثلاثة آصع من تمر في كل يوم، فخففوا عنه في كل يوم صاعاً.

ووجه الدليل منه: أنه لو حرم كسبه على أخذه حرم دفعه على معطيه، فلما استجاز النبي ﷺ أن يأمر بدفعه إليه دلّ على جواز أخذه؟

فإن قيل: إنما حجمه أبو طيبة متطوعاً تقرباً إلى الله بخدمة رسول الله ﷺ ولذلك شرب معه فقال له: قد حرم الله جسمك على النار»، وكان ما أعطاه النبي ﷺ مواساة، ولم يكن أجره، فعنه جوابان:

أحدهما: إنما أعطاه مقابلة على عمله صار عوضاً ينصرف عن حكم المواساة.

والثاني: أن أبا طيبة كان مملوكاً لا يصح تطوعه بعمله ولا يستعمل رسول الله ﷺ تطوعه؛ ولأنه لم يزل الناس على هذا في عصر رسول الله ﷺ وخلفائه إلى وقتنا هذا في

---

(١) أخرجه مالك (٢/ ٩٧٤)، وأبو داود (٣٤٢٢)، والترمذي (١٢٧٧)، وابن ماجه (٢١٦٦).

(٢) أخرجه مسلم (٤١/١٥٦٨)، وأبو داود (٣٤٢١)، والترمذي (١٢٧٥)، وأحمد (٣/ ٤٦٤)، والحاكم (٢/ ٤٢).

(٣) أخرجه البخاري (٢١٠٢)، ومسلم (١٥٧٧).

سائر الأمصار يتكسبون بهذا، فلا ينكره مستحسن في حق الله تعالى، فدل على انعقاد الإجماع به، وارتفاع الخلاف فيه.

ولأن الحاجة إليه داعية، والضرورة إليه ماسة؛ لأنه لا يقدر الإنسان على حجامة نفسه إذا احتاج، وما كان بهذه المنزلة لم يمنع منه الشرع، لما فيه من إدخال الضرر على الخلق، وقد قال رسول الله ﷺ: «لا ضرر ولا ضرار»؛ ولأن كل كسب حلّ للعبيد حلّ للأحرار كسائر الأكساب.

فأما الجواب عن قوله ﷺ: «كسب الحجام خبيث» فهو أن اسم الخبث يتناول الحرام تارة والدنيء أخرى كما قال تعالى: ﴿وَلَا تَيَمَّمُواْ ٱلْخَبِيثَ مِنْهُ تُنفِقُونَ﴾ [البقرة: ٢٦٧] يعني الدنيء وكقوله من بعد: ﴿وَلَسْتُم بِـَٔاخِذِيهِ إِلَّآ أَن تُغْمِضُواْ فِيهِۚ﴾ [البقرة: ٢٦٧] فيحمل على الدنيء دون الحرام؛ بدليل ما قلناه، وليس هو إلى الحرام بموجب لاشتراكهما في حكم التحريم؛ لأنه لما ضم إلى ما يحرم على الأحرار والعبيد، وهذا لا يحرم على العبيد؛ فجاز أن لا يحرم على الأحرار.

فصل:

فإذا ثبت أنه ليس بحرام، فهو مكروه، واختلف أصحابنا في علة كراهته على وجهين:

أحدهما: لمباشرة النجاسة لقول الله تعالى: ﴿وَٱلرُّجْزَ فَٱهْجُرْ ۝٥﴾ [المدثر: ٥]: فعلى هذا يكره كسب كل مباشر للنجاسة من كناس، وخراز وقصاب.

واختلف قائل هذا، هل يكون كسب الفصاد من جملتهم؟ على وجهين:

أحدهما: يكون من جملتهم، لأنه يباشر نجاسة الدم.

والثاني: وهو قول أبي علي بن أبي هريرة أنه لا يكره كسبه؛ لاقترانه بعلم الطب، فإنه قل ما يباشر نجاسة الدم.

فأما الختان، فمكروه الكسب كالحجام، بل يزيد عليه في مباشرة العورات، وتكون الكراهة مقصورة على مباشرة الأنجاس، ومنتفية عمن لا يبارها من سماك ودباغ.

والثاني: أن كراهة التكسب به لدناءته، وهو الظاهر من مذهب الشافعي؛ لأنه جعل من المكاسب دنيئاً وحسناً، وقد روي أن ذا قرابة لعثمان بن عفان رضي الله عنه قدم عليه، فسأله عن كسبه، فقال: غلة حجام أو حجامين، فقال: إن كسبكم لدنيء أو قال: لوسخ فعلى هذا يكره مع ذلك كسب السماك، والدباغ، والحلاق والقيم.

واختلف على هذا في كسب الحجامين على وجهين:

أحدهما: مكروه، دنيء لأنه يشاهد العورات ويتكسب بحران غير مقدر.

والثاني: لا يكره كسبه؛ لأنه لا يباشر عملاً، ويمكنه غض طرفه عن العورات وليس يتكسب بمباشرتها؛ فإن أرسل طرفه صار كغيره من الناس.

وكذلك نظائر ما ذكرناه، وجميع هذا مكروه للأحرار.

فأما العبيد ففيهم وجهان:

أحدهما: يكره لهم كالأحرار، وهو قول الأكثرين.

والثاني: لا يكره لهم؛ لأنهم أدنى من الأحرار، فليتأهبوا أدنى الاكتساب، فإن أخذ ساداتهم كسبهم كره لهم أن يأكلوه، ولم يكره لهم أن يطعموه رقيقهم، وبهائمهم؛ لأن النبي ﷺ قال لمحيصة حين سأله عنه: «أعلفه ناضحك وأطعمه رقيقك» والله أعلم.

باب ما لا يحل أكله وما يجوز للمضطر من الميتة

مسألة[1]:

قَالَ الشَّافِعِيُّ رَحِمَهُ اللَّهُ تَعَالَى: «وَلَا يَحِلُّ أَكْلَ زَيْتٍ مَاتَتْ فِيهِ فَأْرَةٌ».

قال في الحاوي: وأصل هذا ما رواه الشافعي عن سفيان عن الزهري عن عبيد الله بن عبد الله عن ابن عباس عن ميمونة أن فأرة وقعت في سمن، فماتت فيه، فسئل رسول الله ﷺ عنها، فقال: «ألقوها وما حولها وكلوه»[2]. فكان هذا الحديث وارداً في السمن إذا كان جامداً؛ لأن إلقاء ما حولها لا يصح إذا كان ذائباً.

وروى الزهري عن سعيد بن المسيب عن أبي هريرة قال: سئل رسول الله ﷺ عن السمن تقع فيه الفأرة، فقال: «إن كان جامداً؛ فألقوها، وما حولها، وإن كان ذائباً فأريقوه».

وهذا الحديث وارد في الجامد والمانع، والحديث الأول أثبت.

فإذا ماتت فأرة أو غيرها من الحيوان في سمن أو غيره من دهن أو دبس أو لبن لم يخل حاله من أن يكون جامداً، أو مانعاً.

فإن كان جامداً بخس بموت الفأرة ما حولها من السمن؛ لأنها نجاسة لاقت محلاً رطباً، فنجس بها كما ينجس الثوب الرطب إذا لاقى نجساً يابساً، وكان ما جاوز ما حول الملاقي للفأرة طاهراً؛ لأن جموده يمنع من امتزاجه بالنجس.

وإن كان السمن مائعاً نجس جميعه قليلاً كان أو كثيراً، سواء تغير بالنجاسة، أو لم يتغير؛ بخلاف الماء الذي لا ينجس إذا بلغ قلتين، ولم يتغير.

وحكي عن أبي ثور أنه كالماء إذا بلغ قلتين لم ينجس، حتى يتغير وحكي عن أبي حنيفة أنه أجراه مجرى الماء، وأنه إذا اتسع، ولم يلتق طرفاه لم ينجس، بناء على أصله في أن المائع كالماء في إزالة الأنجاس، وهذا أصل قد خولف فيه، وتقدم الكلام فيه، ثم الدليل على المائع خصوصاً قول رسول الله ﷺ: «وإن كان ذائباً فأريقوه». فلما عمّ أمره بالإراقة دلّ على أنه لا مدخل له في الطهارة؛ لأنه لا يأمر باستهلاك الأموال في غير

---

(١) انظر الأم (٥/ ٢١٦).

(٢) تقدم تخريجه في «الطهارة».

تحريم وقد نهى عن إضاعتها؛ ولأن طهارة الماء أقوى، لاختصاصه برفع الحدث، فقويت طهارته على رفع النجس عنه، وضعفت طهارة المائع عن دفع النجس عنه.

فصل:

فإذا ثبت نجاسة قليله وكثيره حرم أكله، وأكل كل نجس وحرمه شربه، وشرب كل ما نجس.

وقال داود: يحرم أكل السمن وحده إذا نجس دون غيره، تمسكاً بظاهر النص في السمن، فجعل الحكم مقصوراً عليه، وهذا فاسد من وجهين:

أحدهما: أنه لما كان حكم الفأرة مع ورود النص فيها متعدياً إلى نظائرها كان السمن في تقدير حكمه بمثابتها.

والثاني: أن غير السمن لما شاركه في الإباحة قبل النجاسة وجب أن يشاركه في التحريم بعد النجاسة؛ لاشتراكهما في الطهارة والنجاسة.

مسألة[1]:

قَالَ الشَّافِعِيُّ: «وَلَا يَحِلُّ بَيْعُهُ لأَنَّهُ نَجِسٌ بِالْمُجَاوَرَةِ، فَجَازَ بَيْعَهُ كَالثَّوْبِ النَّجِس».

قال في الحاوي: وهو كما قال، لا يحل بيع ما نجس من الزيت، والسمن، والدبس وجميع ما لم يتميز نجاسته.

وقال أبو حنيفة: يجوز بيعه؛ لأنه نجس بالمجاورة، فجاز بيعه، كالثوب النجس.

ودليلنا: أن رسول الله ﷺ أمر بإراقته، ولو جاز بيعه لم يأمر بإضاعته، وروي عن النبي ﷺ أنه قال: «لعن الله اليهود، حرمت عليهم الشحوم فجملوها وباعوه، وإن الله تعالى إذا حرم أكل شيء حرم ثمنه»[2].

وقوله: «جملوها» يعني أذابوها.

ولأنه مائع ورد الشرع بإراقته، فلم يجز بيعه كالخمر.

ولأنه مائع نجس، فلم يجز بيعه كولوغ الكلب، وكاللبن والخل.

وأما الجواب عن قياسه على بيع الثوب فمن وجهين:

أحدهما: أن عين الثوب طاهر، ونجاسته مجاورة، فتميز عنها وعين الزيت قد نجس، لامتزاج النجاسة به.

وإنها لا تتميز عنه كما لم تتميز عن الخل، واللبن.

والثاني: أن أكثر منافع الناس الزيت، قد ذهبت نجاسته؛ لأن مقصوده الأكل، وأكثر منافع الثوب باقية بعد نجاسته؛ البقاء أكثر منافعه، ولم يجز بيع الزيت النجس،

---

(١) انظر الأم (٥/٢١٦).

(٢) تقدم تخريجه.

لذهاب أكثر منافعه، أو لا ترى أن الميتة، وإن جاز الانتفاع بها للمضطر لا يجوز بيعها؛ لذهاب أكثر منافعها، ولو أذيب شحمها جاز الانتفاع به، وإن لم يجز بيعه.

فصل:

فإذا تقرر ما وصفنا لم يخل حال ما حكم بنجاسته من ثلاثة أقسام:

أحدها: ما كان نجس العين من الأصل خلقة، ولم يكن له من الطهارة أصل كالكلب، والخنزير، فلا يجوز بيعه بحال، لنجاسة عينه، سواء كان منتفعاً به كالكلب، أو غير منتفع به كالخنزير.

والثاني: ما طرأت نجاسته بعد تقدم طهارته من غير نجاسة جاورته، كنجاسة الخمر، بحدوث الشدة، ونجاسة الميتة، بحدوث الموت. والشدة والموت لا يوصف بنجاسة ولا طهارة، وإن نجس بهما الأعيان الطاهرة.

وهذه النجاسة مانعة من جواز البيع سواء أمكن إزالتها بدباغ الجلد أو لم يمكن إزالتها، كاللحم لنجاسة جميع الأجزاء التي لا يتخللها جزء طاهر. وأجاز أبو حنيفة بيع ما يمكن إزالة نجاسته، كالجلد، لإمكان طهارته بالدباغة وهذا فاسد من وجهين:

أحدهما: أن نجاسة الخمر يمكن إزالتها عنده بالتخليل، ولا يجوز بيعها، كذلك الجلد.

والثاني: أنه قبل زوال نجاسته مساوٍ لما تمكن إزالة نجاسته؛ لا لنجاسة جميع أجزائه فلم يجز أن يجري على حكم الطهارة، مع عدمها فيه.

والثالث: ما نجس بمجاورة النجاسة له مع طهارة عينه، فهذا ينقسم ثلاثة أقسام:

أحدها: أن تتميز نجاسته ويمكن إزالتها، كالثوب النجس، فيجوز بيعه، قبل إزالة نجاسته، لعلتين:

إحداهما: إمكان إزالتها.

والثانية: بقاء أكثر منافعه معها.

والثاني: أن لا تتميز نجاسته؛ لامتزاجه بها، ولا يمكن إزالتها، كالدبس واللبن إذا نجس وكذلك الماء النجس، فلا يجوز بيع ذلك، لأنه لا سبيل إلى طهارته فإن قيل: فالماء النجس يطهر بالمكاثرة.

قيل: المكاثرة لا تزيل النجاسة؛ لبقائها فيه، وإنما يغلب حكم المكاثرة، فيحكم له بالطهارة.

أو لا ترى أن البول لو وقع في الماء الكثير، فلم يغيره كان طاهراً، وجاز بيعه ولا يدل ذلك على طهارة البول، كذلك الماء النجس.

والثالث: ما لم يتميز نجاسته، لامتزاجه واختلف في إمكان إزالتها منه، وهو الزيت النجس، وما جرى مجراه من الأدهان، دون السمن. ففي إمكان غسله وطهارته وجهان:

أحدهما: وهو قول أبي العباس بن سريج وابن أبي هريرة أنه يمكن غسله ويطهر بأن يراق عليه الماء في إناء ويمخض فيه مخضاً، يصير به مغسولاً كالثوب؛ لأن الدهن يتميز عن الماء ويعلو عليه، كما يتميز الثوب، ثم يؤخذ فيكون طاهراً.

والثاني: وهو الظاهر من مذهب الشافعي، وقول جمهور أصحابه أن غسله لا يصح بخلاف الثوب، لأنه مائع كالماء، فلم يكن جذب الماء للنجاسة بأولى من جذب الزيت لها، فكان باقياً على نجاسته والماء في الثوب يجذب نجاسته إليه، فافترقا.

فإن قيل: إن غسله لا يصحّ لم يجز بيعه، وهو الصحيح.

وإن قيل: إن غسله يصحّ، ففي جواز بيعه وجهان من علتي بيع الثوب النجس:

إحداهما: يجوز بيعه تعليلاً بإمكان تطهيره بالغسل.

والوجه الثاني: لا يجوز بيعه تعليلاً بذهاب أكثر منافعه بنجاسته.

مسألة[1]:

قَالَ الشَّافِعِيُّ: «وَيُسْتَصْبَحُ بِهِ فَإِنْ قِيلَ كَيْفَ يَنْتَفِعُ بِهِ وَلَا يَبِيعُهُ؟ قِيلَ قَدْ يَنْتَفِعُ الْمُضْطَرُّ بِالْمَيْتَةِ وَلَا يَبِيعُهَا وَيَنْتَفِعُ بِالطَّعَامِ فِي دَارِ الْحَرْبِ وَلَا يَبِيعَهُ فِي تِلْكَ الحَالِ قَالَ: وَقَدْ نَهَى النَّبِيُّ ﷺ عَنْ ثَمَنِ الكَلْبِ وَأَبَاحَ الانْتِفَاعَ بِهِ فِي بَعْضِ الأَحْوَالِ فَغَيْرُ مُسْتَنْكِرٍ أَنْ يَنْتَفِعَ الرَّجُلُ بِالزَّيْتِ وَلَا يَبِيعُهُ فِي هَذِهِ الحَالِ».

قال في الحاوي: وهذا صحيح، والانتفاع بما نجس من السمن والزيت في الاستصباح، جائز على ما سنصفه.

وقال ابن جرير الطبري وطائفة من أصحاب الحديث: الانتفاع به حرام في استصباح وغيره؛ احتجاجاً بأن رسول الله ﷺ أمر بإراقته.

والدليل على ما ذهبنا إليه، وهو قول الجمهور رواية الزهري عن سالم عن إبيه، أن رسول الله ﷺ سئل عن الفأرة تعق في السمن والودك، فقال: «إن كان جامداً فاطرحوها وما حولها وإن كان مائعاً، فانتفعوا به، ولا تأكلوه».

وروى أبو هارون العبدي عن أبي سعيد الخدري أن رسول الله ﷺ سئل عن الفأرة تقع في السمن والزيت، فقال: «استصبحوا به ولا تأكلوه».

وهذان الحديثان نص في إباحة الانتفاع والاستصباح؛ ولأنه لما أمر بإراقته مع بقاء عينه، كان الاستصباح به أولى؛ لأنه استهلاك لعينه، مع الانتفاع به.

فصل:

فإذا ثبت جواز الانتفاع به، فالمنافع تنقسم ثلاثة أقسام ورد النص بإباحته، وقسم ورد النص بالنهي عنه، وقسم مرسل لم يرد فيه نص.

(١) انظر الأم (٥/٢١٦).

فأما القسم الأول الذي ورد النص بإباحته، فهو الاستصباح به، فكذلك ما في معناه من إسجار التنانير بالبعر والسرجين وجميع الأنجاس، وإبقاءه تحت القدور، ومن الاصطلاء بناره، واختلف أصحابنا في نجاسة دخانه على وجهين:

أحدهما: أنه نجس؛ لأنه تولد عن نجاسة والأعيان النجسة لا تطهر بالاستحالة كالرماد.

والثاني: أنه طاهر، لأنه تولد من التقاء جسمين، فلم ينجس بنجاسة أحد الجسمين، كالريح الخارجة من الجوف.

فإن قيل: بطهارته لم يلزم الاحتراز منه إلا تنزهاً.

وإن قيل: بنجاسته، ففي العفو عنه وجهان:

أحدهما: يعفى عنه؛ للحوق المشقة في التحرز منه، كدم البراغيث، فعلى هذا إن سجر به تنوراً لم يلزمه مسحه منه، وجاز الخبر فيه.

والثاني: أنه لا يعفى عنه؛ لأن البعد منه عند استعماله له ممكن، فأمكن التحرز منه، ولا يمكن التحرز من دم البراغيث.

فعلى هذا إن تدخن به ثوب وجب غسله، ولذا سجر به تنور، وجب مسحه منه قبل الخبز فيه، فإن خبز فيه قبل مسحه نجس ظهر الرغيف، وكان وجهه طاهراً، ولم يجز أن يأكل الرغيف إلا بعد أن يغسل ظاهره.

وأما القسم الثاني: الذي ورد النص بالنهي عنه، وهو أن تطلى به السفن والمراكب.

روي عن النبي ﷺ أنه نهى أن تطلى السفن بشحوم الميتة وحكم شحوم الميتة والزيت النجس سواء في جواز الاستصباح بهما، فكان سواء في المنع من إطلاء السفن بهما.

واختلف في معنى النهي عن طلاء السفن وجواز الاستصباح على وجهين:

أحدهما: أن في الاستصباح بدا استهلاكاً له فجاز وفي طلاء السفن به استبقاء له، فلم يجز.

والثاني: أن المصباح لا يمسه في الغالب إلا من يعلم بالنجاسة فيتوقاها، والسفينة يمسها في الغالب من لا يعلم بالنجاسة، فلا يتوقاها.

فعلى هذا إن جعل طلاء للبهائم، فإن كانت مستعملة لم يجز كالسفينة لوجود العلتين من بقاء العين ومسيس حق لا يعلم. وإن كانت سائمة غير مستعملة فعلى وجهين:

أحدهما: يجوز تعليلاً بأنه لا يكاد يمسها من لا يعلم بها.

والثاني: لا يجوز تعليلاً ببقاء عينها.

وأما القسم الثالث: وهو المرسل عن أمر به أن نهي عنه، فينظر في استعماله فإن وجد فيه معنى الأمر أبيح، وإن وجد فيه معنى النهي حظر.

فعلى هذا يجوز أن يطعم البازي، والفهد لحم الميتة لوجود معنى الإباحة فيه، بالاستهلاك، فإنه لا يباشرها من لا يعلم بها، ويجوز أن يسقيهما الماء النجس، والأبوال.

فأما طرح الأنجاس من البعر والسرجين على الزروع والأشجار، فإن لم يماس الثمرة المأكولة، وكان مستعملاً في أصول الشجر وفي قضبان الزرع جاز، لاشتهار حالها وأنه لا يباشرها إلا عالم بها، وإن كان مستعملاً من ثمارها فإن كانت يابسة جاز؛ لأن اليابس لا نجس يابساً. وإن كان أحدهما رطباً أو ندياً، بنجس بالملاقاة، فإباحة استعماله مقروناً بأحد شرطين أما بغسله قبل بيعه، أو بإعلام مشتريه بنجاسته، وهكذا إذا عجن طين الكيزان والخزف بالسرجين لزمه عند بيعه أن يغسله أو يخبر بنجاسته، ليغسله المشتري قبل استعماله فإن صار هذا عرفاً مشهوراً بين جميع الناس سقط الأمران عند بيعه من الغسل والإعلام، ولم يكن للمشتري أن يستعمله إلا بعد غسله؛ لأنه قد صار بالعرف معلوم النجاسة.

مسألة(١):

قَالَ الشَّافِعِيُّ: «وَلَا يَحِلُّ مِنَ المَيْتَةِ إِلَّا إِهَابُهَا بِالدِّبَاغِ وَيُبَاعُ».

قال في الحاوي: وهذا صحيح إذا مات الحيوان صار جميعه بالموت نجساً. وقال أبو حنيفة: ينجس لحمه وجلده، ولا ينجس شعره ولا عظمه.

وقال مالك: ينجس عظمه، ولا ينجس شعره، وقد حكي هذا عن الشافعي. فخرجه ابن أبي هريرة قولاً ثانياً، وامتنع جمهور أصحابه من تخريجه، وجعلوه حكاية عن مذهب غيره، وحكي عن ابن أبي ليلى أن استعمال جلد الميتة قبل الدباغ جائز.

فمن الناس من جعل ذلك منه حكماً بطهارته، كما قاله غيره في العظم والشعر ومنهم من جعله إباحة لاستعماله مع الحكم بنجاسته، وفي قول الله تعالى: ﴿حُرِّمَتْ عَلَيْكُمُ ٱلْمَيْتَةُ﴾ [المائدة: ٣] ما يقتضي تحريم جميعها على العموم، فكان دليلاً على جميعهم في نجاسة الجميع، فإذا ثبت هذا لم يطهر شيء منها إلا جلدها بالدباغة.

وقال الليث بن سعد: يطهر عظمها بالطبخ إذا ذهب دسمه.

وقال إبراهيم النخعي: يطهر بالخرط وقال خرط العاج ذكاته.

وقال بعض أصحاب الحديث: يطهر شعرها بالغسل، وفي قول النبي ﷺ: «هلا انتفعتم بإهابها» دليل على اختصاص الإهاب بطهارة الدباغة دون غيره، فإذا دبغ الجلد

(١) انظر الأم (٥/ ٢١٦).

طهر دون شعره، وحكى الربيع بن سليمان الجيزي عن الشافعي أن الشعر تابع للجلد يطهر بدباغه، وامتنع سائر أصحابه من تحريمه، وجعلوه حكاية عن مذهب غيره، وقد مضت هذه المسألة في كتاب الطهارة، وإنما أشرنا إلى جملتها حين أعيدت.

مسألة(١):

قَالَ الشَّافِعِيُّ: «وَلَا يَأْكُلُ المُضْطَرُّ مِنَ المَيْتَةِ إِلَّا مَا يَرُدُّ نَفْسَهُ فَيَخْرجُ بِهِ مِنَ الاضْطِرَارِ. قَالَ فِي كِتَابِ اخْتِلَافِ أَبِي حَنِيفَةَ وَأَهْلِ المَدِينَةِ: بِهَذَا أَقُولُ. وَقَالَ فِيهِ: وَمَا هُوَ بِالبَيِّنِ مِنْ قِبَلِ أَنَّ الشَّيءَ حَلَالٌ وَحَرَامٌ فَإِذَا كَانَ حَرَاماً لَمْ يَحِلَّ مِنْهُ شَيءٌ وَإِذَا كَانَ حَلَالاً فَقَدْ يَحْتَمِلُ أَنْ لَا يَحْرُمَ مِنْهُ شَيْئاً فَهُوَ مُحَرَّمٌ إِلَّا مَا أَبَاحَ مِنْهُ بِصِفَةٍ فَإِذَا زَالَتِ الصِّفَةُ زَالَتِ الإِبَاحَةُ. قَالَ المُزَنِيُّ: وَلَا خِلَافَ أَعْلَمُهُ أَنْ لَيْسَ لَهُ أَنْ يَأْكُلَ مِنَ المَيْتَةِ وَهُوَ بَادِي الشَّبَعِ لأَنَّهُ لَيْسَ بِمُضْطَرٍّ فَإِذا كَانَ خَائِفاً عَلَى نَفْسِهِ فَمُضْطَرٌّ فَإِذَا أَكَلَ مِنْهَا مَا يُذْهِبُ الخَوْفَ فَقَدْ أَمِنَ فَارْتَفَعَ الاضْطِرَارِ الَّذِي هُوَ عِلَّةُ الإِبَاحَةِ. قَالَ المُزَنِيُّ رَحِمَهُ اللَّهُ. وَإِذَا ارْتَفَعَتْ العِلَّة ارْتَفَعَ حُكْمُهَا وَرَجِعَ الحُكْمَ كَمَا كَانَ قَبْلَ الاضْطِرَارِ وَهُوَ تَحْرِيمُ اللَّهِ عَزَّ وَجَلَّ المَيْتَةِ عَلَى مَنْ لَيْسَ بِمُضْطَرٍّ وَلَوْ جَازَ أَنْ يَرْتَفِعَ الاضْطِرَارُ وَلَا يَرْتَفِعَ حُكْمُهُ جَازَ أَنْ يَحْدُثَ الإِضْرَارُ وَلَا يَحْدُثَ حُكْمُهُ وَهَذَا إِخْلَافُ القُرْآنِ».

قال في الحاوي: والأصل في إباحة الميتة للمضطر قول الله تعالى: ﴿إِنَّمَا حَرَّمَ عَلَيْكُمُ الْمَيْتَةَ﴾ فأخبر بتحريمها بعد قوله: ﴿كُلُوا مِن طَيِّبَٰتِ مَا رَزَقْنَٰكُمْ﴾ [البقرة: ١٧٢] ليدل على تخصيص التحريم في عموم الإباحة، فقال: ﴿إِنَّمَا حَرَّمَ عَلَيْكُمُ الْمَيْتَةَ﴾ [البقرة: ١٧٣] وهو ما فاتت روحه بغير ذكاة من كل ذي نفس سائلة، والدم وهو الجاري من الحيوان يذبح أو جرح ولحم الخنزير فيه تأويلان:

أحدهما: أن التحريم مقصور على لحمه دون شحمه اقتصاراً على النص، وهو قول داود.

والثاني: أن التحريم عام في جميعه، وخص النص باللحم تنبهاً عليه؛ لأنه معظم مقصوده: ﴿وَمَآ أُهِلَّ بِهِۦ لِغَيْرِ ٱللَّهِ﴾ [البقرة: ١٧٣] يريد بالإحلال: الذبح لأنهم كانوا إذا أرادوا ذبح ما قربوه لألهتهم جهروا بأسماء آلهتهم عند الذبح.

ومن قوله: ﴿لِغَيْرِ ٱللَّهِ﴾ تأويلان:

أحدهما: ما ذبح لغير الله من الأصنام، قاله مجاهد.

والثاني: ما ذكر عليه غير اسم الله من الأصنام، قال عطاء، وهو على التأويلين حرام، فانتهى ما ذكره من التحريم، ثم ابتدأ بإباحة ذلك للمضطر فقال: ﴿فَمَنِ ٱضْطُرَّ غَيْرَ بَاغٍ وَلَا عَادٍ فَلَآ إِثْمَ عَلَيْهِ﴾ [البقرة: ١٧٣] ومن ﴿ٱضْطُرَّ﴾ تأويلان:

---

(١) انظر الأم (٥/٢١٧).

أحدهما: أنه افتعل من الضرورة.

والثاني: أنه من إصابة الضر وفي ﴿غَيْرَ بَاغٍ وَلَا عَادٍ﴾ ثلاث تأويلات:

أحدها: غير باغ على الإمام بعصيانه ولا عاد على الأمة بفساده، وهو معنى قول مجاهد.

والثاني: غير باغ في أكله فوق حاجته، ولا عاد بأكلها، وهو يجد غيرها، وهو قول قتادة.

والثالث: غير باغ في أكلها شهوة وتلذذاً، ولا عاد باستيفاء الأكل إلى حد الشبع وهو قول السدي.

وفي قوله: ﴿إِثْمَ عَلَيْهِ إِنَّ﴾ تأويلان:

أحدهما: فلا عقاب عليه في أكلها.

والثاني: فلا منع عليه في أكلها، والاستثناء إباحة أكلها عند الاضطرار من عموم تحريمها مع الاختيار على ما ذكره من شروط الإباحة.

وقال تعالى في سورة المائدة، وهي من محكمات السور التي لم يرده بعدها نسخ، واختلف هل نزل بعدها فرض فقال سبحانه: ﴿حُرِّمَتْ عَلَيْكُمُ الْمَيْتَةُ وَالدَّمُ وَلَحْمُ الْخِنزِيرِ وَمَا أُهِلَّ لِغَيْرِ اللَّهِ﴾ [المائدة: ٣] وذكر في هذه الآية المحرمات مثل ما ذكر في تلك الآية، وزاد فقال: ﴿وَالْمُنْخَنِقَةُ﴾ وهي التي تختنق بحبل الصائد، وغيره حتى تموت.

﴿وَالْمَوْقُوذَةُ﴾ وهي التي تضرب بالخشب حتى تموت، وكانت المجوس تقذ ولا تذبح، ليكون دمه فيه، ويقولون: هو أطيب وأسمن.

﴿وَالْمُتَرَدِّيَةُ﴾ وهي التي تسقط من رأس جبل أو في بئر حتى تموت.

﴿وَالنَّطِيحَةُ﴾ وهي التي تنطحها أخرى، فتموت الناطحة والمنطوحة.

﴿وَمَا أَكَلَ السَّبُعُ إِلَّا مَا ذَكَّيْتُمْ﴾ [المائدة: ٣] ومأكولة السبع هي فريسته، التي أكل منها، أو لم يأكل، وإنما نص على هذا أكله، وإن كان داخلاً في عموم الميتة لأمرين:

أحدهما: لأنها ماتت بأسباب حتى لا تقدروا وإن أسباب موتها ذكاة.

والثاني: أنهم كانوا يستطيبون أكلها من قبل، فنص عليها في التحريم، ليزول الالتباس.

ومن قوله: ﴿إِلَّا مَا ذَكَّيْتُمْ﴾ قولان:

أحدهما: أنه راجع إلى مأكولة السبع وحدها، وهو قول أهل الظاهر.

والثاني: أنه راجع إلى جميع ما تقدم من المنخنقة، وما بعدها، وهو قول علي وابن عباس وجمهور الفقهاء، وفيها قولان:

أحدهما: أن يدركها ولها عين تطرف أو ذنب يتحرك، وهو قول أهل الظاهر.

والثاني: أن تكون فيها حركة قوية لا كحركة المذبوح، وهو قول الشافعي ومالك

ثم قال: ﴿وَمَا ذُبِحَ عَلَى ٱلنُّصُبِ﴾ [المائدة: ٣]: وفيها قولان:

أحدهما: أنها أصنام كانوا يعبدونها يذبحون لها.

والثاني: أنها أوثان كانوا يذبحون عليها، لأصنامهم، والفرق بين الأصنام والأوثان أن الصنم مصور يعبدونه، والوثن غير مصور، يتقربون به إلى الصنم، فهذه كلها محرمات نص الله تعالى على تحريمها في هذه الآية.

ثم قال: ﴿وَأَن تَسْتَقْسِمُوا۟ بِٱلْأَزْلَٰمِ﴾ [المائدة: ٣] وفيها قولان:

أحدهما: أنه ما يتقامرون من الشطرنج والنرد.

والثاني: وهو أشهر أنها قداح ثلاثة مكتوب على أحدها: «أمرني ربي» وعلى الآخر: «نهاني ربي» والآخر غفل، يضربونها وإذا أرادوا سفراً أو أمراً، فإن خرج: أمرني ربي فعلوه، وإن خرج «نهاني ربي» تركوه، وإن خرج الغفل أعادوه وفي تسميته: استقساماً تأويلان:

أحدهما: أنهم طلبوا به علم ما قسم لهم.

والثاني: أنهم التزموا بالقداح مثل ما التزموه بقسم اليمين.

﴿ذَٰلِكُمْ فِسْقٌ﴾ [المائدة: ٣] فيه قولان:

أحدهما: أنه راجع إلى الاستقسام بالأزلام.

والثاني: أنه راجع إلى جميع ما تقدم تحريمه.

وفي قوله: ﴿فِسْقٌ﴾ [المائدة: ٣] تأويلان:

أحدهما: كفر قاله السدي.

والثاني: خروج عن طاعة الله وهو قول الجمهور ثم بين بعد المحرمات، حال نعمه عليهم، فقال: ﴿ٱلْيَوْمَ يَئِسَ ٱلَّذِينَ كَفَرُوا۟ مِن دِينِكُمْ﴾ [المائدة: ٣] وفي هذا اليوم قولان:

أحدهما: أنه يوم فتح مكة.

والثاني: أنه يوم حجة الوداع، وفيما يئسوا به من الذين قولان:

أحدهما: أن يرتدوا عنه.

والثاني: أن يقدروا على إبطاله.

﴿فَلَا تَخْشَوْهُمْ وَٱخْشَوْنِ﴾ أي: لا تخشوهم أن يظهروا عليكم، واخشوني أن تخالفوا أمري.

﴿ٱلْيَوْمَ أَكْمَلْتُ لَكُمْ دِينَكُمْ﴾ [المائدة: ٣] فيه قولان:

أحدهما: أنه يوم عرفة في حجة الوداع، ولم يعش بعد ذلك إلا إحدى وثمانين ليلة، وهذا قول ابن عباس والسدي.

والثاني: أنه زمان النبي ﷺ كله إلى أن نزلت عليه هذه الآية في عرفة وفي إكماله للدين قولان:

أحدهما: أنه كمال فرائضه وحدوده وحلاله وحرامه، ولم ينزل بعدها على النبي ﷺ شيء من الفرائض من تحليل ولا تحريم، وهذا قول ابن عباس.

والثاني: أن إكماله برفع النسخ عنه بعد هذا الوقت.

فأما الفروض، فلم تزل تنزل عليه حتى قبض وهذا قول ابن قتيبة.

﴿وَأَتْمَمْتُ عَلَيْكُمْ نِعْمَتِي﴾ [المائدة: ٣] فيه قولان:

أحدهما: بإظهاركم على عدوكم.

والثاني: بإكمال دينكم.

﴿وَرَضِيتُ لَكُمُ الْإِسْلَامَ دِينًا﴾ [المائدة: ٣] وفيه قولان:

أحدهما: رضيت دين الإسلام ديناً.

والثاني: رضيت الاستسلام أي طاعة، فروى قبيصة أن كعب الأحبار قال: لو نزلت هذه الآية على غير هذه الأمة لعظموا اليوم الذي نزلت فيه، واتخذوه عيداً، فقال عمر: لقد نزلت بعرفة، في يوم جمعة، وكلاهما بحمد الله لنا عيد، ثم بين بعدها إباحة ما استثناه من المحرمات فقال: ﴿فَمَنِ اضْطُرَّ فِي مَخْمَصَةٍ﴾ [المائدة: ٣] يعني: مجاعة، وهي مفعلة من خمص البطن وهو اضطماره من الجوع مثل: مخملة ومخلة ﴿غَيْرَ مُتَجَانِفٍ لِإِثْمٍ﴾ [المائدة: ٣] وفي المتجانف تأويلان:

أحدهما: أنه المتعمد.

والثاني: أنه المائل.

وفي هذا الإثم تأويلان:

أحدهما: أن يأكل ما حرم عليه مما تقدم ذكره من غير ضرورة.

والثاني: أن يتجاوز في الضرورة ما أمسك الرمق إلى أن ينتهي إلى الشبع، فإن الله غفور رحيم يعني غفوراً للمأثم، رحيماً في الإباحة.

وإنما استوفيت تفسيرها هاتين الآيتين، وإن تجاوزنا بهما مسألة الكتاب؛ لما تعلق بهما من الأحكام والنعم، مع إباحة الميتة للمضطر.

ويدل عليه من السنة ما رواه الأوزاعي، عن حسان بن عطية عن أبي واقد الليثي قال: قلنا: يا رسول الله إنا بأرض تصيبنا فيها المخمصة، فمتى تحل لنا الميتة؟ قال: ما لم تصطبحوا، أو تغتبقوا أو تحتفئوا بها بقلاً فشأنكم بها[1]، قوله: «تصطبحوا» من الصبوح، وهو الغذاء، و«تغتبقوا» من الغبوق، وهو العشاء، أي لم تجدوا «الحفا» مقصور، وهو أصول البردي الرطب، وقيل: إنه أراده وأمثاله من الحشيش؛ لأنه مأكول يغني عن الميتة.

---

(١) أخرجه البيهقي في «الكبرى» (١٩٦٣٦)، والبغوي في «شرح السنة» (١١/ ٣٤٧) وفي «تفسيره» (٢/ ١١).

ومعنى الحديث: أنكم إذا تغذيتم، فليس لكم أن تأكلوها عند العشاء إذا تعشيتم فليس لكم أن تأكلوها عند الغداء؛ لأن الرمق يتماسك، وإذا وجدتم «الحفا» فليس لكم أن تأكلوها؛ لأن الرمق به متماسك، فدل على إباحة أكلها إذا لم يتماسك الرمق إلا بها.

فإذا ثبت إباحة أكل الميتة للمضطر بإباحتها معتبرة بأربعة شروط:

أحدها: أن ينتهي به الجوع إلى حدّ التلف، ولا يقدر على مشي ولا نهوض، فيصير غير متماسك الرمق إلا بها، فيصير حينئذٍ من أهل الإباحة، فإن تماسك رمقه أو جلس وأقام ولم يتماسك إن مشى، وسار نظر: فإن كان في سفر يخاف فوت رفاقته حلّ له أكلها، وإن لم يخف فوت رفاقته لم تحل له.

والشرط الثاني: أن لا يجد مأكول الحشيش والشجر ما يمسك به رمقه، فإن وجده لم تحل له الميتة، ولو وجد من الحشيش ما يستصر بأكله حلّت له الميتة.

والشرط الثالث: أن لا يجد طعاماً يشتريه، فإن وجد ما يشتريه بثمن مثله لزمه شراؤه، سواء وجد ثمنه أو لم يجد إذا أنظره البائع ثمنه بخلاف الماء الذي لا يلزمه أن يشتريه إذا كان عادماً؛ لأن إباحة التيمم معتبرة بالعدم، وهو بإعواز الثمن عادم.

وإباحة الميتة معتبرة بالضرورة، وهو مع الإنظار بالثمن غير مضطر، فإن بذل له الطعام بأكثر ثمن المثل لم يلزمه أن يشتريه كالماء؛ لأن التماس الزيادة منتف.

والشرط الرابع: أن لا يكون بما دعته الضرورة إلى الميتة عاصياً، كمقامه على قطع الطريق، وإخافته السبيل أو لبغيه على إمام عادل لقول الله تعالى: ﴿فَمَنِ اضْطُرَّ غَيْرَ بَاغٍ وَلَا عَادٍ فَلَآ إِثْمَ عَلَيْهِۚ﴾ [البقرة: ١٧٣]؛ ولأنه إباحة أكل الميتة رخصة والعاصي لا يترخص في معصيته، فإن تاب من المعصية حل له أكل الميتة، وإن أقام عليها ولم يتب حرمت عليه، وهو غير مضطر إلى الامتناع من التوبة.

ولا فرق بين المسافر والمقيم، وإن قصر السفر، لأنه الأغلب من أحواله العدم وإن حدث مثله في الأمصار والقرى حلّ فيها أكل الميتة كالسفر.

فصل:

فإذا أحلّ له أكل الميتة بالشروط المعتبرة، كان له أن يأكل منها ما يمسك رمقه كيف ما ساغه طبخاً وقلياً، وشيًّا، ونيئاً، وهل يجوز أن يتجاوز بالأكل بعد إمساك الرمق إلى أبد ينتهي إلى حدّ الشبع، فيه قولان:

أحدهما: ليس له الزيادة على إمساك الرمق، وما بعده إلى حدّ الشبع حرام، وبه قال أبو حنيفة، واختاره المزني.

والثاني: أنه يأكل حتى ينتهي إلى الشبع، ولا يحرم عليه إلا ما زاد على حدّ الشبع وبه قال مالك، وسفيان الثوري.

ودليل القول الأول في تحريم الشبع قول الله تعالى: ﴿وَمَا لَكُمْ أَلَّا تَأْكُلُوا مِمَّا ذُكِرَ اسْمُ اللَّهِ عَلَيْهِ وَقَدْ فَصَّلَ لَكُم مَّا حَرَّمَ عَلَيْكُمْ إِلَّا مَا اضْطُرِرْتُمْ إِلَيْهِۗ﴾ [الأنعام: ١١٩]. والضرورة

تزول بإمساك الرمق، فدلت على تحريم ما زاد عليه ولأنه لو كان متماسك الرمق قبل أكلها حرمت عليه كذلك إذا صار بها متماسك الرمق وجب أن تحرم عليه؛ لأنه غير مضطر إليها في الحالين؛ ولأن ارتفاع الضرورة موجب لارتفاع حكمها، كما أن حدوث الضرورة موجب لحدوث حكمها.

ولو جاز أن ترتفع الضرورة، ولا يرتفع حكمها لجاز أن تحدث، ولا يحدث حكمها.

ودليل القول الثاني: أن الشبع منها حلال قول الله تعالى: ﴿فَمَنِ ٱضْطُرَّ غَيْرَ بَاغٍ وَلَا عَادٍ فَلَآ إِثْمَ عَلَيْهِۚ﴾ [البقرة: ١٧٣] فعم الإباحة برفع المأثم وقول النبي ﷺ سئل عن الميتة، فقال: «ما لم تصطبحوا أو تغتبقوا أو تحتفئوا بقلاً فشأنكم بها». فعم إباحتها؛ ولأن ما حلّ أكله حلّ الاكتفاء منه، كالطعام طرداً والحرام عكساً؛ ولأنه مضطر إلى الشبع لحفظ قوته؛ لأن إمساك الرمق لا لبث له، وتتعقّبه الضرورة بعده إلى إمساكه بغيره، وقد لا يجد الميتة بعدها، فكان الشبع أمسك لرمقه، وأحفظ لحياته، ولئن كان إمساك الرمق في الابتداء معتبراً فقد لا يكون في الانتهاء معتبراً بعدم الطول في نكاح الأمة شرط في ابتداء العقد، وليس بشرط بعد العقد، فإذا تقرر توجيه القولين، فإن قلنا بالأول منهما أنه لا يأكل منها إلا ما أمسك الرمق فأكل هذا القدر منها مباح له وواجب عليه لإحياء نفسه به، لقول الله تعالى: ﴿وَلَا تَقْتُلُوٓاْ أَنفُسَكُمْۚ﴾ [النساء: ٢٩] فإن ترك أكل ما يمسك الرمق حتى مات أثم، وإن أكل ما زاد على إمساك الرمق كان آثماً، وما أكله من الزيادة حرام.

وإن قلنا بالقول الثاني إنه يأكل منها حتى يشبع كان أكل ما أمسك الرمق واجباً عليه، وكان أكل ما زاد عليه إلى الشبع مباحاً له؛ لأن الوجوب مختص بما أحيا النفس، وهو إمساك الرمق والزيادة عليه للحاجة وحفظ القوة، وذلك ليس بواجب، وأكل ما زاد على حدّ الشبع حرام؛ لأنه لا تدعو إليه ضرورة ولا حاجة وهكذا حكم العطشان إذا خاف التلف، ووجد ماء نجساً أو بولاً حلّ له الشرب منه؛ لأمسك رمقه وهل له أن يرتوي منه؟ على القولين الماضيين في الميتة، فإن وجد بولاً وماء نجساً، كان شرب الماء النجس أولى من شرب البول؛ لأن نجاسة الماء طارئة بالمخالطة، ونجاسة البول لذاته، ويجوز أن يتداوى بالبول إذا لم يجد دواء طاهراً، قد أذن رسول الله ﷺ: «للعرنين أن يشربوا من ألبان الإبل وأبوالها بالمدينة لما اجتووها»(١) وهكذا يحل له أن يأكل من لحوم الميتة للتداوي إذا لم يكن له دواء سواه ومنعه بعض أصحابنا من التداوي بالمحرمات احتجاجاً بما روي عن النبي ﷺ أنه قال: «ما جعل الله شفاءكم فيم حرم عليكم»(٢) وهذا القائل مخطىء بعد حديث العرنيين من وجهين:

أحدهما: أن التداوي حال الضرورة، فصار بها مضطراً إلى أكل الميتة.

---

(١) تقدم تخريجه.

(٢) أخرجه ابن حبان (١٣٨٨)، والبيهقي في «الكبرى» (١٩٦٧٩).

والثاني: أن أكل السم حرام والتداوي به متداول، وقيل: إن السقمونيا سم قاتل، ولهذا من استكثر منه في الدواء قتله، ثم يجوز التداوي به كذلك كل حرام. فأما الخبر، فمعناه أن ما فيه شفاؤكم مما حرم عليكم.

فأما شرب الخمر من العطش وللتداوي، فالظاهر من مذهب الشافعي أنه لا يحل شربها من العطش ولا للتداوي، وذهب بعض البغداديين من أصحابه إلى جواز شربها للعطش لا للتداوي، ولأن ضرر العطش عاجل، وضرر الدّاء آجل وذهب بعض البصريين من أصحابه أن جواز شربها للتداوي دون العطش، لأنها متعينة في الدواء وغير متعينة في العطش.

وقال أبو حنيفة وسفيان الثوري: يجوز شربها في العطش والتداوي.

والدليل على تحريمها في الحالين ما روي عن النبي ﷺ أنه قال: «الخمر داء»؛ ولأنها تزيد في العطش ولا تروى؛ ولأنها تحدث من السكر ما يزيل العقل، وتمنع الفرائض، ولأن شربها في أحد الحالين ذريعة إلى شربها مع عدم تلك الحال؛ لأن الشهوة رغيبة عليها؛ ولذلك حرم إمساكها، ووجب الحدّ على شاربها، وهكذا كل مسكر فهو خمر.

مسألة[1]:

قَالَ الشَّافِعِيُّ فِيمَا وَضَعَهُ بِخَطِّهِ لَا أَعْلَمُهُ سُمِعَ مِنْهُ: «إِنْ مَرَّ المُضْطَرُّ بِتَمْرٍ أَوْ زَرْعٍ لَمْ أَرَ بَأْساً أَنْ يَأْكُلَ مَا يَرُدُّ بِهِ جُوعَهُ وَيَرُدُّ قِيمَتَهُ وَلَا أَرَى لِصَاحِبِهِ مَنْعَهُ فَضْلاً عَنْهُ وَخِفْتُ أَنْ يَكُونَ أَعَانَ عَلَى قَتْلِهِ إِذَا خَافَ عَلَيْهِ بِالمَنْعِ المَوْتَ».

قال في الحاوي: أما غير المضطر إذا مرّ بثمرة غيره على نخلها أو شجرها، لم يحل له أن يأكل منها بغير إذن مالكها سواء كانت بارزة أو من وراء جدار.

وقال بعض أصحاب الحديث: ينادي على الباب ثلاثاً، فإن أجابوه، وإلا دخل، وأكل، ولم يدّخر، احتجاجاً برواية نافع عن ابن عمر أن النبي ﷺ قال: «إذا مرّ أحدكم بحائط غيره، فليدخل، فليأكل، ولا يتخذ خبنة»[2] أي: لا يحمل منه شيئاً، وهذا المذهب فاسد لما روي عن النبي ﷺ أنه قال: «لا يحل مال امرىء مسلم إلا بطيب نفس منه»[3].

وروي عن النبي ﷺ أنه قال: «لا يحلبن أحدكم ماشية أخيه بغير إذنه، ضروع مواشيكم خزائن طعامكم، أو يحب أحدكم أن يدخل لخربة أخيه، فيأخذ ما فيها بغير إذنه»[4] فنص على ألبان المواشي، ونبه على ثمار النخل، لأن اللبن أسهل؛ لأنه مستخلف في كل يوم، ومن الثمار ما لا يستخلف إلا من كل عام.

---

(١) انظر الأم (٥/ ٢١٧). (٢) أخرجه ابن ماجه (٢٣٠١).

(٣) أخرجه أحمد (٥/ ٧٢)، والدارقطني (٣/ ٢٦)، وابن عبد البر في «التمهيد» (١٠/ ٢٣١).

(٤) أخرجه البخاري (٢٤٣٥)، ومسلم (١٧٢٦).

فأما الخبر فمحمول على المضطر، فأما سواقط النخل والشجر من الثمار، وهو ما تساقط منها على الأرض؛ فإن كانت من وراء جدار قد أحرزها لم يجز للمار أن يتعرض لأخذها؛ لأن الحرز يمنع منها، وإن كانت بارزة غير محرزة فإن لم تجر عادة أهلها بإباحتها حرم أخذها، وإن جرت عادتهم بإباحتها كثمار النخل بالبصرة والمدينة، فقد اختلف أصحابنا في العادة، هل تجري مجرى الإذن في الإباحة أم لا؟ على وجهين:

أحدهما: أنها كالإذن، فيحل لكل مار بها أن يأكل منها، ولا يدخره ولا يتعرض لغير السواقط، وقد حكي أن بعض العرب دخل حائطاً بالمدينة، فجعل يأكل من سواقط النخل، فرآه صاحب الحائط، فدعاه، وعرض عليه الأكل، فامتنع وقال: إنما هاج علي كلب الجوع، فسكنته بتمرات.

والثاني: أن العادة لا تكون إذناً، ولا يستبيح المار أكل السواقط إلا بإذن صريح؛ لأن جميعه ملك لأربابه، ونفوس الناس فيه مختلفة، بالشح والسخاء، فلم يكن عموم العرف فيه مقنعاً.

فصل:

فأما المضطر إذا مرّ بثمرة أو زرع أو طعام لغيره، فلا يخلو إما أن يكون مالكه حاضراً أو غائباً، فإن كان غائباً كان للمضطر أن يأكل منه محرزاً كان أو بارزاً، وفي قدر ما يأكل منه قولان، كالميتة:

أحدهما: قدر ما يمسك رمقه.

والثاني: أن يشبع منه؛ لأنه لما استباح بالضرورة ما تعلق بحقوق الله تعالى من تحريم الميتة استباح بها مما تعلق بحقوق الآدميين من الأموال، فإذا أكل منها قدر الإباحة، فثمن قيمته لمالكه؛ لأن الضرورة إنما دعت إلى الأكل، ولم تدع إلى سقوط الغرم، فإن كان موسراً عجل دفع القيمة، وإن كان معسراً أنظر بها إلى ميسرته.

وذهب بعض أصحابنا إلى أنه لا يجب عليه قيمة ما أكل؛ لأنه يصير بالضرورة كالاستباحة التي لا تضمن من الميتة، وهذا فاسد من وجهين:

أحدهما: أن الميتة لا قيمة لها، وللطعام قيمة.

والثاني: أن الميتة لا مالك لها، وللطعام مالك، وإن كان صاحب الطعام حاضراً، فعلى المضطر أن يستأذنه في الأكل بعد إخباره بضرورته، وعلى مالك الطعام إذا علم بحاله أن يأذن له في الأكل استحياء لنفسه لقوله تعالى: ﴿وَمَنْ أَحْيَاهَا فَكَأَنَّمَا أَحْيَا النَّاسَ جَمِيعًا﴾ [المائدة: ٣٢] ولما روي عن النبي ﷺ أنه قال: «من أعان على قتل مسلم، ولو بشطر كلمة جاء يوم القيامة مكتوب بين عينيه آيس من رحمة الله»[1] ولأنه لو قدر على

---

(١) أخرجه ابن ماجه (٢٦٢٠)، والبيهقي في «الكبرى» (١٥٨٦٥)، والعقيلي في «الضعفاء» (٤/ ٣٨٢)، وابن عدي في «الكامل» (٧/ ٢٧١٥)، وابن الجوزي في «الموضوعات» (٣/ ١٠٣، ١٠٤).

استنقاذه بماله من تلف كغرق أو حريق وجب عليه كذلك إذا قدر على استنقاذه بماله من تلف الجوع.

وإذا كان كذلك لم يدخل حال المالك من أن يأذن له في الأكل أو لا يأذن فإن أذن له في الأكل لم يخل حال إذنه من ثلاثة أقسام:

أحدها: أن يأذن له بإباحة الأكل، فللمضطر أن يأكل منه حتى ينتهي إلى حدّ الشبع قولاً واحداً؛ لأنه قد صار بالإباحة كطعام الولائم التي يجوز الشبع منها، ولا يجوز له الزيادة على شبعه، ولا يأخذ منها بعد الأكل شيئاً.

والقسم الثاني: أن يأذن له في الأكل بعوض، فهذا على ضربين:

أحدهما: أن لا يذكر قدر العوض، فللمضطر أن يأكل، وعليه قيمة ما أكل في وقته بمكانه، وله أن ينتهي إلى حدّ الشبع.

والثاني: أن يذكر له قدر العوض، فهو على ضربين:

أحدهما: أن يكون ثمن مثله، فله أن يأكل، فإن أفرد له ما يأكله حين سمى ثمنه صحّ الثمن، وكان له أن يأكل ما أفرده، فإن فضل منه فضلة أخذها؛ لأنه قدر ملكها بابتياع صحيح، وإن لم يفرد ما سمي ثمنه قبل الأكل لزم المضطر قيمة ما أكل سواء كان أقل من المسمى أو أكثر؛ لأن ما يأكله مجهولاً لا يصح فيه ثمن مسمى.

والثاني: أن يكون ما سماه من الثمن أكثر من ثمن مثله، فيكون بطلب الزيادة من المضطر آثماً، وينظر، فإن لم يفرد ما سمى ثمنه لم يلزم المضطر فيما أكل إلا قيمته بمكانه في وقته، وبطل المسمى وإن أفرد ما سمى ثمنه، ففي قدر ما يلزم المضطر إذا أكله وجهان:

أحدهما: الثمن المسمى لما تضمنه من عقد لازم.

والثاني: ثمن القتل دون المسمى لنهي رسول الله ﷺ عن بيع المضطر[1]، وهو هذا وأصح من هذين الوجهين المطلقين عندي أن ينظر، فإن كانت الزيادة في الثمن لا تشق على المضطر ليساره، فهو في بذلها غير مكره، فلزمته وإن كانت شاقة عليه لإعساره، فهو من بذلها مكره، فلم تلزمه.

والقسم الثالث: أن يأذن له في الأكل إذناً مطلقاً من غير تصريح بإباحة ولا معاوضة، فله أن يأكل حتى ينتهي إلى حدّ الشبع كطعام الولائم، ولا قيمة عليه؛ لأن عرف الاستطعام والإطعام موضوع على المواساة، دون المعاوضة، فأوجب إطلاق الإذن حمله على العرف والمعهود فيه.

فلو اختلف في الإذن، فقال المالك: أذنت لك في أكله بعوض لي عليك.

وقال المضطر: بل أذنت لي في الأكل مبيحاً، فلا عوض لك علي فالقول قول

---

(١) أخرجه أبو داود (٣٣٨٢).

المالك مع يمينه؛ لأنه مالك.

فإن اختلف في قدر القيمة، فالقول قول المضطر مع يمينه لأنه غارم.

فصل:

وإن لم يأذن له مالك الطعام في الأكل، فلا يخلو المضطر من ثلاثة أحوال:

أحدها: أن يقدر على أخذ الطعام منه بغير قتال، فله أن يأخذ الطعام جبراً ولا يتعدى الآخذ إلى قتاله، وفي قدر ما يستبيح أخذه منه قولان:

أحدهما: قدر ما يمسك به رمقه.

والثاني: ما ينتهي به إلى حدّ الشبع، ويأكله في موضعه، ولا يحمله؛ لأن ضرورته معتبرة في مكانه. وقد يجوز أن تزول الضرورة إن زال عنه، فإذا أكله كانت عليه قيمته بمكانه في وقته.

والحال الثانية: أن لا يقدر على أخذه، ولا على قتاله عليه، فمالك الطعام عاصٍ بالمنع، ومعصيته إن أفضت إلى تلف المضطر أعظم، لكن لا يضمنه بقود ولاية لأنه لم يكن منعه فعلاً يتعلق به الضمان.

ولو قيل: إنه يضمن ديته كان مذهباً؛ لأن الضرورة قد جعلت له في طعامه حقاً، فصار منعه منه كمنعه من طعام نفسه، وهو لو منع إنساناً من طعام نفسه حتى مات جوعاً ضمن ديته كذلك إذا منعه من طعام قد صار حقه متعلقاً به وجب أن يضمن ديته.

والحال الثالثة: أن لا يقدر المضطر على أخذه إلا بقتاله عليه، فله أن يقاتله عليه، وهل يجب عليه أن يقاتله حتى يصل إلى طعامه أم لا على وجهين ممن أريدت نفسه هل يجب عليه المنع منها؟

أحدهما: يجب عليه أن يقاتله؛ ليصل إلى إحياء نفسه بطعامه، كما يجب عليه أكل الميتة لإحياء نفسه بها.

والثاني: أن القتال مباح له، وليس بواجب عليه؛ لأن مالك الطعام لا ينفك في الأغلب من دين أو عقل يبعثه كل واحد منهما على إحياء المضطر بماله فجاز أن يكون موكولاً إليه، وخالف أكل الميتة في الوجوب؛ لأنه لا سبيل إلى إحياء نفسه إلا بها، فإذا شرع في قتاله توصل بالقتال إلى أخذ ما يتعلق به الإباحة من طعامه، وفيه ما قدمناه من القولين:

أحدهما: يقاتله إلى أن يصل أخذ ما يمسك الرمق، فإن قاتله بعد الوصول إلى إمساك الرمق كان متعدياً.

والثاني: يقاتله إلى أن يصل إلى قدر الشبع، ويكون القتال بعد الوصول إلى إمساك الرمق مباحاً، وليس بواجب وجهاً واحداً، وقتاله بعد الوصول إلى قدر الشبع عدوان.

فإن لم يصل بالقتال إلى شيء من طعامه حتى تلف أحدهما، نظر، فإن كان التالف

رب الطعام كانت نفسه هدراً لا تضمن بقود ولا دية؛ لأنه مقتول بحق، كمن طلب نفس إنسان، فقتله المطلوب دفعاً كانت نفسه هدراً، وإن كان التالف المضطر كانت نفسه مضمونة على رب الطعام؛ لأنه قتل مظلوماً ثم نظر فإن علم رب الطعام بضرورة المضطر ضمنه بالقود، وإن لم يعلم بضرورته بالدية؛ لأنه مع العلم بها عامد، ومع الجهل بها خاطىء والله أعلم.

مسألة[1]:

قَالَ الشَّافِعِيُّ رَحِمَهُ اللَّهُ: «وَلَوْ وَجَدَ الْمُضْطَرُّ مَيْتَةً وَصَيْداً وَهُوَ مُحْرِمٌ أَكَلَ الْمَيْتَةَ وَلَوْ قِيلَ يَأْكُلُ الصَّيْدَ وَيَفْتَدِي كَانَ مَذْهَباً. قَالَ الْمُزَنِيُّ رَحِمَهُ اللَّهُ: الصَّيْدُ مُحَرَّمٌ لِغَيْرِهِ وَهُوَ الإِحْرَامُ وَمُبَاحٌ لِغَيْرِ مُحْرِمٍ وَالْمَيْتَةُ مُحَرَّمَةٌ لِعَيْنِهَا لَا لِغَيْرِهَا عَلَى كُلِّ حَلَالٍ وَحَرَامٍ فَهِيَ أَغْلَظُ تَحْرِيماً فَإِحْيَاءُ نَفْسِهِ بِتَرْكِ الأَغْلَظِ وَتَنَاوُلِ الأَيْسَرِ أَوْلَى بِهِ مِنْ رُكُوبِ الأَغْلَظِ وَبِاللَّهِ التَّوْفِيقُ».

قال في الحاوي: مقدمة هذه المسألة أن يذكر ما يستبيحه المضطر من أكل المحرمات إذا انفردت ثم يذكر حكمها في حقه إذا اجتمعت، فإذا وجد المضطر صيداً، وهو محرم حلّ له أكل الصيد، لضرورته في إحياء نفسه كالميتة التي يستبيح أكلها بالضرورة، وإن حرمت عليه إذا أكل الصيد أن يفديه بالجزاء؛ لأن الضرورة لا تمنع من وجوب الجزاء؛ لأنها فيه، وليست في الصيد، وهو من حقوق الله تعالى، التي يستوي فيها العامد والخاطىء، وفي قدر ما تستبيحه من أكله قولان كالميتة:

أحدهما: قدر إمساك الرمق.

والثاني: قدر الشبع، ولو كان ما وجده المحرم المضطر صيداً مقتولاً أكل منه، ولم يضمنه بالجزاء سواء ضمنه قاتله أو لم يضمنه؛ لأن ضمان الصيد على المحرم مستحق بالقتل دون الأكل، وإذا كان غير ضامن لجزائه، نظر، فإن كان قاتل الصيد محلاً، فهو ذكي مملوك، فيضمن المضطر قيمة ما أكل لمالكه، وإن كان قاتله محرماً، فهل يكون ميتة أو مذكى؟ فيه قولان:

أحدهما: يكون ميتة كالذكاة المجوسي، فعلى هذا لا يجب على المضطر قيمة ما أكل؛ لأنه لا قيمة للميتة.

والثاني: يكون مذكى يحرم على المحرم، ويحلّ لغيره، فعلى هذا من ضمان المضطر لقيمة ما أكل وجهان من اختلاف القولين هل يستقر للمحرم عليه ملك أم لا؟ أحد الوجهين لا ضمان عليه إذا قيل: إن المحرم لم يملك.

والثاني: عليه الضمان، إذا قيل إنه يملك.

(١) انظر الأم (٥/ ٢١٧).

فصل:

وإذا وجد المضطر لحم آدمي ميت جاز أن يأكل منه، وهو قول الجماعة وقال داود: لا يجوز أن يأكل منه، وهو حرام على المضطر كتحريمه على غيره، لما روي عن النبي ﷺ أنه قال: «حرمة ابن آدم بعد موته كحرمته في حياته وكسر عظمه بعد موته ككسر عظمه في حياته»[١].

قال محمد بن داود: ولأن هذا مفض إلى أكل لحوم الأنبياء والصديقين، ومن أوجب الله تعالى حفظ حرمته، وتعظيم حقه».

فقلبه عليه أبو العباس بن سريج وقال: المنع من أكله مفض إلى قتل الأنبياء والصديقين إذا اضطروا حفظاً لحرمة ميت كافر، وهذا أعظم، فلم يصح بما قاله ابن داود.

والدليل على إباحته، قول الله تعالى: ﴿فَمَنِ ٱضْطُرَّ فِى مَخْمَصَةٍ غَيْرَ مُتَجَانِفٍ لِّإِثْمٍ فَإِنَّ ٱللَّهَ غَفُورٌ رَّحِيمٌ﴾ [المائدة: ٣] فكان على عمومه، وقد روي عن النبي ﷺ أنه قال في حمزة بن عبد المطلب حين قتل بأُحد: «لولا صفية لتركته تأكله السباع؛ حتى يحشر من بطونها». فإذا جاز أن تأكله البهائم التي لا حرمة لها، فأولى أن تحفظ به نفوس ذوي الحرمات؛ ولأنه لما كان أن يحيي نفساً بقتل نفس، فإحياؤها بغير ذي نفس أولى؛ ولأن لحمه يبلى بغير إحياء نفس، فكان أولى أن يبلى بإحياء نفس.

وأما الخبر فهو بأن يكون دليلاً في إباحة أكله أشبه؛ لأنه لما حفظ حرمته بعد الموت، كان حفظها في الحياة أوكد، وإذا لم يمكن حفظ الحرمتين، كان حفظ حرمة الحي بالميت أولى من حفظ حرمة الميت بالحي.

فإذا ثبت إباحة أكله منه، فليس له أن يأكل إلا قدر ما يمسك رمقه قولاً واحداً؛ ليحفظ به الحرمتين معاً، ويمنع من طبخه وشيه، ويأكله نيئاً إن قدر لأن طبخه محظور، وإن لم يؤكل، وأكله محظور وإن لم يطبخ، والضرورة تدعو إلى الأكل فأبحناه، ولا تدعو إلى الطبخ فحظرناه.

وخالف الميتة التي تختص بتحريم الأكل دون الطبخ، فجاز أن يجمع بينهما عند الضرورة.

وأما إذا وجد، المضطر آدمياً حياً، فإن كان ممن لا يستباح قتله حرم على المضطر أن يأكله ما يحيي به نفساً؛ لأنه لا يجوز إيحاء نفس بإتلاف نفس مع تكافئهما في الحرمة.

وسواء كان المأكول مسلماً أو ذمياً؛ لأن نفس الذميين محظورة كالمسلم وإن كان

---

(١) أخرجه أحمد (٦/٥٨، ١٠٠، ١٦٩)، وأبو داود (٣٢٠٧)، وابن ماجه (١٦١٦)، والبيهقي في «الكبرى» (٧٠٧٩، ٧٠٨٠، ٧٠٨١)، بلفظ: «كسر عظم الميت ككسره حياً».

المأكول ممن يجب قتله في رِدّة أو حرابة أو زناً جاز أن يأكل المضطر من لحمه لكن بعد قتله، ولا يأكل لحمه في حياته، لما فيه من تعذيبه، فإن أكل من لحمه حياً كان مسيئاً إن قدر على قتله، ومعذوراً إن لم يقدر على قتله لشدة الخوف على نفسه، فإن لم يجد المضطر ما يمسك رمقه إلا بقطع عضو من جسده ففي إباحته وجهان:

أحدهما: وهو محكي عن أبي إسحاق المروزي إذا كان غالب قطعه السلامة لحفظ نفسه بعضو من جسده، كما يقطع إذا وقعت فيه الأكلة ليحفظ به نفسه.

والثاني: لا يجوز؛ لأنه يجمع بقطعه بين خوفين، فكان أسرع إلى تلفه وليس كقطع الأكلة، لأن يأمن سرايتها بقطعه.

فصل:

فإذا تقرر ما ذكرنا من حكم الاستباحة على الانفراد انتقلنا إلى الجمع بين كل مستباحين بالضرورة محظورين من غير ضرورة.

فمن ذلك إذا وجد المضطر، وهو محرم ميتة وصيداً حياً.

وهي مسألة الكتاب، ففيما يستبيحه منهما قولان:

أحدهما: وهو مذهب مالك وأبي حنيفة: أنه يأكل الميتة دون الصيد لأمرين:

أحدهما: أن استباحة الميتة نص، واستباحة الصيد اجتهاد.

والثاني: أن أكل الميتة لا يوجب الضمان، وأكل الصيد موجب لضمان الجزاء، فصارت الميتة بهذين الأمرين أخف حكماً.

والثاني: وهو اختيار المزني: أنه يأكل الصيد، ويعدل عن الميتة لأمرين:

أحدهما: أن إباحة الصيد عامة، وحظره خاصة من الإحرام، وحظر الميتة عام، وإباحتها خاصة في الاضطرار، فكان ما أباحته أعمّ أخفّ مما تحريمه أعم.

والثاني: أن تحريم الصيد لمعنى في غيره، وتحريم الميتة لمعنى فيها، فكان ما فارقه معنى التحريم أخف مما حلّه معنى التحريم، فثبت بهذين أن أكل الصيد أولى.

فأما إذا وجد ميتة ولحم صيد قتله محرم، فإن قيل: بذكاته كان أولى من الميتة وإن قيل: بنجاسته كان الميتة أولى منه.

فصل:

وإذا وجد المضطر ميتة وطعاماً لغيره، فإن أذن له في أكله حرمت عليه الميتة، وإن منعه من أكله حلّت له الميتة، وإن كان غائباً لم يأذن ولم يمنع فعلى قولين كالميتة مع الصيد.

ولو وجد المضطر المحرم صيداً وطعام الغير، ففيه ثلاثة أوجه:

أحدها: يأكل الصيد؛ لأن تحريمه عليه من حق الله تعالى، فكان أخف.

والثاني: يأكل طعام الغير؛ لأنه يستباح بالإباحة.

والثالث: أنه مخير في الأكل من أيهما شاء.

فصل:

ولو وجد المضطر ميتتين إحداهما من جنس ما يؤكل لحمه، كالشاة والبعير والأخرى من جنس ما لا يؤكل لحمه كالسبع والذئب، ففيه وجهان:

أحدهما: أنهما سواء، وله الخيار في الأكل من أيهما شاء؛ لأنهما قد استويا في النجاسة بالموت.

والثاني: أنه يأكل مما يؤكل لحمه دون ما لا يؤكل؛ لأن للمأكول أصلاً في الإباحة فكان أولى مما لا أصل له في الإباحة.

ولو وجد المضطر ميتتين إحداهما طاهرة في حياتها، والأخرى نجسة في حياتها، ففيه وجهان:

أحدهما: أنهما سواء، ويأكل من أيهما شاء؛ إلا أن يكون خنزيراً، لأنهما قد استويا في النجاسة بعد الموت.

والثاني: أنه يأكل من الطاهر دون النجس؛ لأن له في الطهارة أصلاً ليس للنجس ولو وجد المضطر ميتة ولحم ابن آدم أكل الميتة، وإن كان خنزيراً دون لحم ابن آدم وجهاً واحداً؛ لأن تحريم الميتة من حق الأكل وتحريم ابن آدم في حقه وحق الأكل، فكان أغلظ، وكذلك لو وجد صيداً ولحماً ابن آدم وهو محرم أكل الصيد تعليلاً بما ذكرنا.

فصل:

وإذ قد مضى ما يحل ويحرم من الحيوان وجب أن نبين ما يحل ويحرم من النبات، والنبات على أربعة أقسام:

أحدها: ما كان غذاء كالحبوب والثمار والفواكه، والبقول، فأكلها مباح وبيعها جائز، وسواء أكلت قوتاً أو تفكهاً، فإن كانت مما زرعه الآدميون، فهي ملك لزراعها وإن كانت مما أتيته الله تعالى في الموات، فهي ملك لآخذها.

والثاني: ما كان دواء، فأكله للتداوي مباح، وينظر في أكله لغير التداوي، فإن كان ضاراً منع من أكله، وإن كان غير ضار أبيح أكله وبيعه في الحالين جميعاً جائز.

والثالث: ما كان مسكراً، وهو على ثلاثة أضرب:

أحدها: أن يكون فيه مع السكر شدة مطربة، فأكله حرام، وعلى آكله الحدّ، ولا يجوز أن يستعمل في دواء ولا غيره كالخمر، وبيعه حرام.

والثاني: أن يسكر، ولا تكون فيه شدة مطربة كالبنج، فأكله حرام، ولا حدّ على آكله، ويجوز أن يستعمل في الدواء عند الحاجة، وإن أفضى إلى السكر إذا لم يوجد من إسكاره بد، وينظر في بيعه، فإن كان يستعمل في الأدوية غالباً جاز بيعه ولم يكره، وإن

كان يستعمل فيها نادراً كره بيعه، وإن جاز.

والثالث: ما أسكر مع غيره ولم يسكر بانفراده كالداذي، وما شاكله، فينظر فيه، فإن لم ينتفع به من دواء، ولا غيره، حرم أكله وبيعه تغليباً، لغالب أحواله، وإن انتفع بأكله في الدواء حلّ أكله تداوياً وجاز بيعه، وكان مكروهاً إن كان أغلب أحواله استعماله في المسكر، ولم يكره إن كان أغلب أحواله استعماله من غير المسكر.

والرابع: ما كان ضاراً كالسموم، فهذا على أربعة أضرب:

أحدها: ما قتل قليله، وكثيره، فأكله حرام، وبيعه باطل سواء كان قتله موجياً أو مبطئاً.

والثاني: ما قتل كثيره دون قليله، فأكل كثيره حرام، فأما قليله، فإن كان غير منتفع به حرم أكله، وبطل بيعه تغليباً لضرره، وإن كان منتفعاً به من التداوي حلّ أكله تداوياً، وجاز بيعه، ولم يكره، وإن كان غالبه التداوي وكره إن كان غالبه غير التداوي.

والثالث: ما يقتل في الأغلب، وقد يجوز أن لا يقتل، فحكم الأغلب له ألزم ويكون على ما تقدم.

والرابع: ما لا يقتل في الأغلب، وقد يجوز أن يقتل، فقد ذكر الشافعي في موضع إباحة أكله، وذكر في موضع تحريم أكله، فتوهم بعض أصحابه، فخرج إباحة أكله على قولين اعتباراً بظاهر كلامه في الموضعين.

والصحيح أن إباحته لأكله إذا كان منتفعاً به في التداوي وتحريم أكله إذا كان غير منتفع به في التداوي، فيكون على اختلاف حالين لا على اختلاف قولين.

مسألة[1]:

قَالَ المُزَنِيُّ: «وَخَالَفَ الشَّافِعِيُّ المَدَنِيَّ وَالكُوفِيَّ فِي الانْتِفَاعِ بِشَعَرِ الخَنْزِيرِ وَفِي صُوفِ المَيْتَةِ وَشَعْرِهَا فَقَالَ: لَا يَنْتَفِعُ بِشَيءٍ مِنْ ذَلِكَ».

قال في الحاوي: وقد مضى الخلاف في نجاسة الشعور والأصواف وطهارتها في كتاب الطهارة، فالظاهر منها يجوز استعماله في الذائب واليابس وأما النجس منها، فضربان:

أحدهما: ما كان في الحياة طاهراً، كشعور السباع، والذئاب، فاستعمالها في اليابسات من متاع دون الذائبات.

والثاني: ما كان نجساً في الحياة كشعر الكلب والخنزير، وإن جرى عرف العوام باستعماله، وأجازه أبو حنيفة ومالك.

وسئل عنه أحمد بن حنبل، فقال الليف أعجب إلي منه، فكأنه كره وأجازه وعولوا

(١) انظر الأم (٥/٢١٧).

في إباحة استعماله على أمرين:

أحدهما: أن الحاجة داعية إليه.

والثاني: أن عرف العامة جاز باستعماله، وهذا فاسد من وجهين:

أحدهما: أنه لما حرم الانتفاع بالخنزير حياً كان تحريم شعره ميتاً أولى.

والثاني: أنه لما كان أغلظ تنجيساً وجب أن يكون أغلظ تحريماً، فإن خالفوا من نجاسته انتقل الكلام إليه.

فأما تعويلهم على الحاجة إليه فالحاجة لا تبيح محظوراً، وقد يقوم الليف مقامه، فسقطت الحاجة إليه.

وتعويلهم على العرف في استعماله، فهو عرف من مسترسل في دينه.

فإذا صح تحريم استعماله كان مأثم تحريمه عائداً على مستعمله، وجاز بيع المحروز به، فإن كان الشعر عند الاستعمال يابساً لاقى يابساً، فالخف المحروز به طاهر، والصلاة فيه جائزة، وإن لاقى في الحرز نداوة كان ما مسه الشعر من الخف المحروز نجساً، فإن غسل سبعاً بتراب طهر ظاهره، ولم تطهر دواخل الحرز، ولم تجز الصلاة فيه، والله أعلم.

كتاب السبق والرمي

قَالَ(١) الشَّافِعِيُّ رَحِمَهُ اللَّهُ: «أَخْبَرَنَا ابْنُ أَبِي فُدَيْكٍ عَنْ ابْنِ أَبِي ذِئْبٍ عَنْ نَافِعِ بْنِ أَبِي نَافِعٍ عَنْ أَبِي هُرَيْرَةَ أَنَّ رَسُولَ اللَّهِ ﷺ: «لَا سَبَقَ إِلَّا فِي نَصْلٍ أَوْ خُفٍّ أَوْ حَافِرٍ»(٢).

قال في الحاوي: الأصل في إباحة السبق والرمي قول الله تعالى: ﴿وَأَعِدُّواْ لَهُم مَّا ٱسْتَطَعْتُم مِّن قُوَّةٍ وَمِن رِّبَاطِ ٱلْخَيْلِ تُرْهِبُونَ بِهِۦ عَدُوَّ ٱللَّهِ وَعَدُوَّكُمْ﴾ [الأنفال: ٦٠]، فروى عقبة بن عامر قال: سمعت رسول الله ﷺ يقول على المنبر: قال الله تعالى: ﴿وَأَعِدُّواْ لَهُم مَّا ٱسْتَطَعْتُم مِّن قُوَّةٍ﴾ ألا وإن القوة الرمي ثلاثاً(٣).

وروى عبد الله بن عمرو بن العاص قال: قال رسول الله ﷺ: «ارتبطوا الخيل، فإن ظهورها لكم عز وأجوافها لكم كنز»(٤) فموضع الدليل من هذه الآية أنه لما أمر بإعداد الرمي والخيل للعدو في حربه، وذلك لا يكون إلا بالتعليم والثقة بالسبق والإصابة، فدل على إباحة ما دعا إليهما.

وقال تعالى فيما حكاه عن إخوة يوسف: ﴿قَالُواْ يَٰٓأَبَانَآ إِنَّا ذَهَبْنَا نَسْتَبِقُ وَتَرَكْنَا يُوسُفَ عِندَ مَتَٰعِنَا فَأَكَلَهُ ٱلذِّئْبُ﴾ [يوسف: ١٧] وفي قوله: ﴿نَسْتَبِقُ﴾ تأويلات:

أحدهما: ننتضل من السباق في الرمي ـ قاله الزجاج.

والثاني: أنهم أرادوا السبق بالسعي على الأقدام.

وموضع الدليل في هذا هو: أنهم أخبروا بذلك نبياً لم ينكره عليهم، فدل على إباحته في شرعه، وما تقدم به شرع لم يتعقبه نسخ كان معمولاً به.

وقال تعالى: ﴿وَمَا رَمَيْتَ إِذْ رَمَيْتَ وَلَٰكِنَّ ٱللَّهَ رَمَىٰ﴾ [الأنفال: ١٧] وفي هذا الرمي تأويلان:

أحدهما: ما رواه ابن عباس أن النبي ﷺ قبض يوم أحد قبضة من تراب وما هم بها وقال: «شاهت الوجوه»(٥) أي: قبحت، فألقى الله تعالى القبضة في أبصارهم حتى

---

(١) انظر الأم (٤/١٤٨).

(٢) أخرجه أحمد (٢/ ٤٧٤)، وأبو داود (٢٥٧٤)، والترمذي (١٧٠٠)، والنسائي (٣٥٨٥)، وابن ماجه (٢٨٧٨).

(٣) أخرجه ابن ماجه (٢٨١٣)، والطبراني في «الكبير» (١٧/ ٣٣٠).

(٤) أخرجه أحمد (٤/ ٣٤٥)، والبيهقي في «الكبرى» (١٢٩٠٢).

(٥) أخرجه مسلم (١٧٧٧/ ٨١)، وأحمد (١/ ٣٠٣)، والدارمي (٢/ ٢٢٠)، والحاكم (١/ ٣٠٣)، والطبراني في «الكبير» (٣/ ٢٢٧).

شغلتهم بأنفسهم، وأظفر المسلمين بهم.

والثاني: أنه أراد في أصحابه بالسهام، فأضاف رميهم إليه؛ لأنهم رموا عنه، ومن قوله: ﴿وَلَٰكِنَّ ٱللَّهَ رَمَىٰ﴾ [الأنفال: ١٧] تأويلان:

أحدهما: معناه: وما ظفرتم إذ رميت ولكن الله أظفركم.

والثاني: أنه أراد ما أرسله من الريح المعينة لسهامهم، حتى أصابت، فلما أعانهم الله على الرمي كان كل عون عليه مندوباً إليه.

والدليل عليه من السنة مع الحديث الذي رواه الشافعي في صدر الباب ما رواه الشافعي عن عبد الوهاب عن حميد عن أنس قال: كانت ناقة لرسول الله ﷺ تسمى «العضباء» فكانت لا تسبق، فجاء أعرابي على قعود له، فسبقها، فاشتد ذلك على المسلمين، وقالوا: يا رسول الله، سبقت العضباء، فقال رسول الله ﷺ: «حق على الله أن لا يرفع الناس شيئاً إلا وضعه الله»(١).

وروى الشافعي عن مالك عن نافع عن ابن عمر أن رسول الله ﷺ: «سابق بين الخيل التي قد أضمرت من الحفياء، وكان أمدها ثنية الوداع، وسابق بين الخيل التي لم تضمر الثنية إلى مسجد بني زريق(٢)، وأن عبد الله بن عمر فيمن سابق لها وقيل: إن من الحفياء إلى ثنية الوداع خمسة أميال، ومن ثنية الوداع إلى مسجد بني زريق ثلاثة أميال.

وروى الشافعي عن سفيان عن هشام بن عروة عن أبيه عن عائشة رضي الله عنها قالت: «سابقني رسول الله ﷺ فسبقته، فلما حملت اللحم سابقني، فسبقني، فقال لي: يا عائشة هذه بتلك»(٣).

وروى الشافعي عن سفيان عن شبيب بن غرقدة عن أبيه عن عروة البارقي قال: سمعت رسول الله ﷺ يقول: «الخيل معقود بنواصيها الخير إلى يوم القيامة»(٤) وروى أبو سلمة عن أبي هريرة قال: خرج رسول الله ﷺ وهم يرمون، فقال: «ارموا بني إسماعيل، فإن أباكم كان رامياً، ارموا وأنا مع ابن الأذرع، فأمسك القوم، قسيهم، وقالوا: من كنت معه غلب، فقال النبي ﷺ: ارموا وأنا معكم كلكم»(٥).

وروي عن النبي ﷺ أنه قال لسعد بن أبي وقاص يوم أُحد: «ارم فداك أبي وأمي»، اثنتي عشرة مرة ودعا له، فقال: «اللهم أجب دعوته، وسدد رميته» وروي عن النبي ﷺ

---

(١) أخرجه البخاري (٢٨٧٢)، وأبو داود (٤٨٠٢)، والنسائي (٣٥٩٢)، والدارقطني (٤/ ٣٠٣)، وابن أبي شيبة (١٢/ ٥٨).

(٢) أخرجه البخاري (٢٨٦٨)، ومسلم (١٨٧٠).

(٣) أخرجه أبو داود (٢٥٧٨)، والنسائي (٨٩٤٢، ٨٩٤٣)، وابن ماجه (١٩٧٩)، وابن حبان (٤٦٧٢)، والبيهقي في «الكبرى» (١٩٧٥٩)، وفي «معرفة السنن» (٥٧٨٦).

(٤) أخرجه البخاري (٢٨٥٢، ٣١١٩)، ومسلم (١٨٧١).

(٥) أخرجه البخاري (٢٨٩٩)، وأحمد (٤/ ٥٠)، والبيهقي في «الكبرى» (١٩٧٥٥).

أنه قال: «أحضروا الهدف، فإن الملائكة تحضره، وإن بين الهدفين لروضة من رياض الجنة».

وروي عن عمر بن الخطاب رضي الله عنه أنه قال لجماعة من قريش: تمعددوا واخشوشنوا، واحتفوا، واركبوا وارموا، ولأن ترموا أحب إلي من أن تركبوا وربما أسند هذا عن النبي ﷺ.

وفي قوله: «تمعددوا» تأويلان:

أحدهما: انتسبوا إلى معد وعدنان.

والثاني: تكلموا بلسان معد وعدنان.

وفي قول: «واخشوشنوا» تأويلان:

أحدهما: كونوا في أموركم خشناً أجلاداً.

والثاني: البسوا أخشن الثياب.

وفي قوله: «واحتفوا» تأويلان:

أحدهما: امشوا حفاة.

والثاني: حفوا شواربكم.

فصل:

فإذا ثبت جواز السبق والرمي، فهو مندوب إليه إن قصد به أهبة الجهاد ومباح إن قصد به غير؛ لأنه قد يكون عدة للجهاد، ويجوز أخذ العوض في السابقة والمناضلة، منهم ومن السلطان على ما سنصفه.

وحكي عن أبي حنيفة أنه منع من أخذ العوض عليه بكل حال، فمن متأخري أصحابه من أنكره من مذهبه، وجعله موافقاً.

وقال مالك: إن أخرجه السلطان من بيت المال جاز، وإن أخرجه المتسابقون المتناضلون لم يجز استدلالاً بأمرين:

أحدهما: أنه أخذ عوض على لعب، فأشبه أخذه على اللهو والصراع.

والثاني: أنه أخذ مال على غير بدل، فأشبه القمار.

ودليلنا: قول النبي ﷺ: «لا سبق إلا في خف أو حافر أو نصل» فلما استثناه في الإباحة دل على اختصاصه بالعوض، ولولا العوض لما احتاج إلى الاستثناء لجواز جميع الاستباق بغير عوض.

وروي أنه سئل عثمان بن عفان رضي الله عنه: «أكنتم تراهنون على عهد رسول الله ﷺ؟ قال: نعم، رهن رسول الله ﷺ على فرس له، فجاءت سابقة، فلهش لذلك، وأعجبه.

ومعلوم أن الرهن لا يكون إلا على عوض؛ ولأن في بذل العوض عليه تحريضاً

على الجهاد، وبعثاً على الاستعداد، وامتثالاً لأمر الله تعالى في قوله: ﴿وَأَعِدُّواْ لَهُم مَّا ٱسْتَطَعْتُم مِّن قُوَّةٍ وَمِن رِّبَاطِ ٱلْخَيْلِ﴾ [الأنفال: ٦٠] وما أفضى إلى هذه المصالح، فأقل حاليه إذا لم يكن واجباً أن يكون مباحاً.

فأما الجواب عن استدلالهم، بأنه لعب، فمن وجهين:

أحدهما: أن ما فيه من وجوه المصالح يخرجه عن حكم اللعب.

والثاني: أن النبي ﷺ قد استثناه، فقال: «كل اللعب حرام إلا لعب الرجل بفرسه ولعبه بقوسه، ولعبه مع زوجته».

وأما الجواب عن استدلالهم بأنه قمار، فمن وجهين:

أحدهما: أن السبق خارج عن القمار؛ لأن القمار ما لم يخل صاحبه من أخذ أو إعطاء، وقد يخلو المسابق من أخذ وإعطاء؛ لأن بينهما محللاً.

والثاني: أن تحريم القمار بالشرع، وإباحة السبق بالشرع، فلو جاز إلحاق السبق بالقمار من التحريم لجاز لأحد أن يلحق القمار بالسبق في التحليل، فلما كان هذا في إباحة القمار فاسداً، أوجب أن يكون في تحريم السبق فاسداً، ولزم الوقوف على ما ورد به الشرع فيهما.

فصل:

فإذا صحّ جواز السبق بعوض وغير عوض، فهو بغير عوض من العقود الجائزة، دون اللازمة، وإن كان معقوداً على عوض، ففي لزومه قولان:

أحدهما: أنه من العقود اللازمة كالإجارة ليس لواحد منهما فسخه بعد تمامه إلا عن تراضٍ منهما بقسمة ولا يدخله خيار الثلاث، وفي دخول خيار المجلس فيه وجهان:

كالإجارة، فإن شرعا في السبق والرمي يسقط خيار المجلس فيه؛ لأن الشروع في العمل رضى بالإمضاء.

والثاني: أنه من العقود الجائزة دون اللازمة كالجعالة، وبه قال أبو حنيفة ويكون كل واحد من السابقين قبل الشروع من السبق، وبعد الشروع فيه ما لم يستقر السبق، وينبرم بالخيار.

فإن شرط فيه اللزوم بطل، فإن قيل بلزومه على القول الأول، فدليله شيئان:

أحدهما: أنه عقد ومن شرط صحته أن يكون معلوم العوض والمعوض، فوجب أن يكون لازماً كالإجارة طرداً والجعالة عكساً.

والثاني: أن ما أفضى إلى إبطال المعقود بالعقد كان ممنوعاً منه في العقد، وبقاء خياره فيه مفضٍ إلى إبطاله المقصود به؛ لأنه إذا توجه السبق على أحدهما فسخ لم يتوصل إلى سبق، ولم يستحق فيه عوض، والعقد موضوع لاستقراره واستحقاقه، فنافاه الخيار وضاهاه اللزوم.

فإن قيل: بجوازه على القول الثاني، فدليله شيئان:

أحدهما: أن ما صحّ من عقود المعاوضات إذا قابل غير موثوق بالقدرة عليه عند استحقاقه كان من العقود الجائزة دون اللازمة كالجعالة طرداً؛ لأنه لا يثق بالغلبة في السبق والرمي كما لا يثق بوجود الضالة في الجعالة وعكسه الإجارة متى لم يثق بصحة العمل منه لم يصح العقد.

والثاني: أن ما كان إطلاق العوض فيه موجباً لتعجيل استحقاقه كان جائزاً كالجعالة وإطلاق العوض في السبق والرمي لا يوجب التعجيل، فوجب أن يكون جائزاً ولا يكون لازماً، والله أعلم.

مسألة(١):

قَالَ الشَّافِعِيُّ رَحِمَهُ اللَّهُ: «الخُفُّ الإِبِلُ وَالحَافِرُ الخَيْلُ وَالنَّصْلُ كُلُّ نَصْلٍ مِنْ سَهْمٍ أَوْ نُشَّابَةٍ».

قال في الحاوي: وهذا من قول الشافعي تفسير لقول النبي ﷺ: «لا سبق إلا من خف أو حافر أو نصل» مبين أن المراد بالخف الإبل؛ لأنها ذوات أخفاف تعد للطراد، وأن المراد بالحافر الخيل؛ لأنها ذوات حوافر للكر والفر.

وقال في موضع: إن الحافر الخيل والبغال والحمير؛ لأنها تركب إلى الجياد كالإبل ويلقى عليها العدو كالخيل قد شهد رسول الله ﷺ حرب هوازن على بغلته الشهباء، فصار في الحافر قولان.

فأما النصل، فالمراد به السهم المرمى به عن قوس، وإن كان النصل اسماً لحديدة السهم فالمراد به جميع السهم، فهذه الثلاثة هي التي نص عليها رسول الله ﷺ في جواز السبق بها، فاختلف قول الشافعي فيها، فقال: يحتمل معنيين:

أحدهما: أنها رخصة مستثناة من جملة محظورة؛ لأنه أخرج باستثنائه ما خالف حكم أصله، فعلى هذا لا يجوز أن يقاس على هذه الثلاثة غيرها، ويكون السبق مقصوراً على التي تضمنها الخبر، وهي الخف والخف الإبل وحدها، والحافر وفيه قولان:

أحدهما: الخيل وحدها.

والثاني: الخيل والبغال والحمير، والنصل، وهو السهام، ويكون السبق بما عداها محظوراً.

والثاني: في المعنيين أن النصل على الثلاثة أصل، فهذا ورد الشرع ببيانه وليس بمستثنى، وإن خرج مخرج الاستثناء؛ لأن المراد به التوكيد دون الاستثناء فعلى هذا يقاس على كل واحد من الثلاثة ما كان في معناها كما قيس على الستة في الربا ما وافق معناها،

---

(١) انظر الأم (١٤٨/٤).

وعليه يكون التفريع، فيقاس على الخف السبق بالفيلة؛ لأنها ذوات أخفاف كالإبل، وهي في ملاقاة العدو أنكأ من الإبل، وهل يقاس عليها السبق بالسفن والطيارات والشدات أم لا؟ على وجهين:

أحدهما: وهو قول ابن سريج يجوز السبق عليها؛ لأنها معدة لجهاد العدو في البحر وحمل ثقله، كالإبل في البر.

والثاني: لا يجوز السبق عليها؛ لأن سبقها بقوة ملاحها دون المقاتل فيها، فأما السبق بالزوارق الكبار والمراكب الثقال التي لم تجرِ العادة في لقاء العدو بمثلها فغير جائز على الوجهين معاً.

فصل:

فأما الحافر بالخيل والبغال والحمير نصاً في أحد القولين لا نقلاً من اسم الحافر عليها، وقياساً في القول الثاني؛ لأنها ذوات حوافر كالخيل وفي معناها واختلف أصحابنا هل يقاس عليها السبق بالأقدام؟ أم لا على وجهين:

أحدهما: وهو قول أبي حنيفة: تجوز المسابقة بالأقدام؛ لأن رسول الله ﷺ استبق هو وعائشة رضي الله عنها على أقدامها؛ ولأن السعي من قتال الرجالة كالخيل في قتال الفرسان.

والثاني: وهو الظاهر من مذهب الشافعي أن المسابقة بالأقدام لا تجوز؛ لأنه سبق على فعلها من غير آلة فأشبه الطفرة والوثبة؛ ولأن السبق على ما يستفاد بالتعليم ليكون باعثاً على معاطاته، والسعي لا يستفاد بالتعليم فعلى هذا إن قيل: إن المسابقة بالأقدام لا تجوز، فالمسابقة بالسباحة أولى أن لا تجوز وإن قيل بجوازها على الأقدام، ففي جوازها بالسباحة وجهان:

أحدهما: تجوز كالأقدام، لأن أحدها على الأرض، والآخر في الماء.

والثاني: أنها لا تجوز بالسباحة، وإن جازت بالأقدام؛ لأن الماء مؤثر في السباحة والأرض غير مؤثرة في السعي.

ومنها اختلاف أصحابنا في السبق بالصراع على وجهين:

أحدهما: وهو مذهب أبي حنيفة أنه جائز، لما روي عن النبي ﷺ أنه خرج إلى الأبطح، فرأى يزيد بن ركانة يرى أعنزاً له، فقال يزيد: يا محمد هل لك من أن تصارعني؟ فقال له النبي ﷺ: «ما تستبق لي؟ فقال: شاة، فصارعه، فصرعه النبي ﷺ فقال يزيد: هل لك العود؟ فقال النبي ﷺ: ما تستبق لي؟ فقال: شاة فصارعه، فصرعه النبي ﷺ فقال يزيد: يا محمد اعرض علي الإسلام، فما أحد وضع جنبي على الأرض غيرك، فعرض عليه الإسلام فأسلم، ورد عليه غنمه»[1] فدل على جواز السبق على الصراع.

(١) أخرجه أبو داود (٤٠٧٨)، والترمذي (١٧٨٤).

والثاني: وهو ظاهر مذهب الشافعي أنه لا يجوز السبق على الصراع لما ذكرنا من المعنيين من السبق بالأقدام، فعلى هذا إن قيل: إن السبق على الصراع لا يجوز، فالسبق على المشابكة بالأيدي لا يجوز وإن قيل بجوازه في الصراع ففي جوازه بالمشابكة وجهان كالسباحة.

ومنها اختلاف أصحابنا في السبق بالحمام على وجهين:

أحدهما: يجوز؛ لأنها بالهداية تؤدي أخبار المجاهدين بسرعة.

والثاني: لا يجوز؛ لأنها لا تؤثر في جهاد العدو، وقد روي عن النبي ﷺ أنه رأى رجلاً يسعى بحمامة، فقال: «شيطان مع شيطانة»[1].

فأما السبق بالكلام، وبنطاح الكباش ونقار الديكة، فهو أسفه، والسبق فيه باطل لا يختلف، والله أعلم بالصواب.

فصل:

وأما النصل، وهو السهام، فقياسه كل سلاح فارق يد صاحبه من الحراب ومقاليع الأحجاز وقس البندق، واختلف أصحابنا، فيما لا يفارق يد صاحبه من السيوف والرماح والأعمدة، هل يجوز السبق بها أم لا؟ على وجهين:

أحدهما: يجوز كالمفارق ليده؛ لأن جهاد العدو بها.

والثاني: لا يجوز؛ لأنه يكون بذلك محارباً لا مسابقاً.

فأما السبق بالمدامي وكرة الصولجان فلا؛ لأن الجهاد لا يكون بهما.

فأما الدمو بالحجر الثقيل أو رفعه من الأرض، لاختبار القوة، والارتياض بها، فالسبق عليه كالسبق على الصراع، فيكون على وجهين. والله أعلم.

فصل:

فإذا تقرر ما يجوز السبق به على الأعواض المبذولة، فلصحة العقد عليه خمسة شروط:

أحدها: التكافؤ فيما يستبقان عليه، وفيما يتكافآن به وجهان:

أحدهما: وهو الظاهر من مذهب الشافعي، وما عليه جمهور أصحابه أن التكافؤ بالتجانس، فيسابق بين فرسين أو بغلين أو حمارين أو بعيرين، ليعلم بعد التجانس فضل السابق، ولا يجوز أن يسابق بين فرس وبغل ولا بين حمار وبعير؛ لأن تفاضل الأجناس معلوم وأنه لا يجري البغل في شوط الفرس، كما قال الشاعر[2]:

إِنَّ الـمُـذَرَّعَ لَا تُـغْـنِـي ضُـؤُولَـتُـهُ كَالبَغْلِ يَعْجَزُ عَنْ شَوْطِ المَحَاضِيرِ

---

(١) أخرجه أحمد (٢/ ٣٤٥)، وأبو داود (٤٩٤٠)، وابن ماجه (٣٧٦٤، ٣٧٦٧)، وعبد الرزاق (١٩٧٣١)، وابن المبارك (٣١٠).

(٢) تقدم الاستشهاد به.

لكن يجوز السبق بين عتاق الخيل، وهجانها؛ لأن جميعها جنس، والعتيق في أول شوطيه أحد وفي آخره ألين، والهجين في أول شوطيه ألين وفي آخرها أحد فربما صارا عند الغاية متكافئين.

والثاني: وهو قول أبي إسحاق المروزي أن التكافؤ في الاستباق غير معتبر بالتجانس وإنما هو معتبر بأن يكون كل واحد من المستبقين يجوز أن يكون سابقاً ويجوز أن يكون مسبوقاً، فإن جوز ذلك بين فرس وبغل أو بين بعير وحمار جاز السبق بينهما، وإن علم يقيناً أن أحدهما يسبق الآخر قبل الاختبار لم يجز السبق بينهما، ولو علم ذلك بين فرسين عتيق وهجين أو بين بعيرين عربي وبختي لم يجز السبق بينهما، وكذلك ولو اتفق الفرسان في الجنس، واختلفا في القوة والضعف، فيمنع من الاستباق بينهما، وهما من جنس واحد، وبخوزه بينهما، وهما في جنسين مختلفين اعتباراً بالجواهر دون التجانس.

والشرط الثاني: الاستباق عليها مركوبة لتنتهي إلى غايتها، بتدبير راكبها، فإن شرط إرسالها لتجري مسابقة بأنفسها لم يجز، وبطل العقد عليها؛ لأنها تتنافر بالإرسال ولا تقف على غاية السبق، وإنما يصح ذلك في الاستباق بالطيور إذا قيل: بجواز الاستباق عليها لما فيها من الهداية إلى قصد الغاية، وأنها لا تتنافر في طيرانها.

والشرط الثالث: أن تكون الغاية معلومة؛ لأنها مستحقة في عقد معاوضة، فإن وقع العقد على إجراء الفرسين حتى يسبق أحدهما الآخر لم يجز لأمرين:

أحدهما: جهالة الغاية.

والثاني: لأنه يفضي ذلك لإجرائهما حتى يعطبا.

والشرط الرابع: أن تكون الغاية التي يمتد شرطها إليها يحتملها الفرسان، ولا ينقطعان فيها، فإن طالت عن انتقاء الفرسين إليهما إلا عن انقطاع وعطب بطل العقد، لتحريم ما أفضى إلى ذلك.

والشرط الخامس: أن يكون العوض فيه معلوماً، كالأجور والأثمان، فإن أخرجه غير المتسابقين جاز أن يتساويا فيه، ويتفاضلا؛ لأن الباذل للسبق مخير بين القليل والكثير، فجاز أن يكون مخيراً بين التساوي في التفضيل، ويجوز أن يتماثل جنس العوضين، وإن لم يختلف.

فصل:

فأما الرمي، فيعتبر في صحة عقده خمسة شروط أيضاً:

أحدها: أن يكون الرامي مجانسة فيتناضلان بالنشاب أو بالحراب، فإن كان أحدهما ينضل بالنشاب، والآخر بالحراب، لم يجز لتنافيهما، لكن يجوز أحدهما مناضلاً بالنشاب والآخر بالنبل؛ لأن كليهما سهم يخرج عن قوس.

والشرط الثاني: أن يكون بين المتناضلين مقاربة في الرمي والإصابة يحتمل أن يكون ناضلاً ومنضولاً، ليعلم بالنضال أحذقهما، فإن تفاوت ما بينهما، فإن كان أحدهما أكثر سهامه صائبة، والآخر أكثر سهامه خاطئة، ففيه وجهان:

أحدهما: وهو مقتضى قول أبي إسحاق المروزي: لا يجوز، يكون العقد بينهما.

والثاني: يجوز ويكون العقد بينهما صحيحاً؛ لأن المال إذا استحق بعث على معاطاة الحذق.

والشرط الثالث: أن لا يتناضلا على جراح النفوس بالسهام والسلاح، وليكن قصدهما إصابة غير ذات الأرواح لتحريم عقرها، فإن شرط فيه جراحة النفوس بطل لحظره.

والشرط الرابع: أن يكون العوض معلوماً من أعيان موجودة، أو مال في الذمة موصوفاً.

والشرط الخامس: أن يحفظ من دخول الجهالة في النضال على ما سنذكره في موضعه.

مسألة(١):

قَالَ الشَّافِعِيُّ: وَالاسْتِبَاقُ ثَلَاثَةٌ سَبَقٌ يَعْطِيهِ الوَالِي أَوْ غَيْرُ الوَالِي مِنْ مَالِهِ وَذَلِكَ أَنْ يَسْبِقَ بَيْنَ الخَيْلِ إِلَى غَايَةٍ فَيَجْعَلُ لِلسَّابِقِ شَيْئاً مَعْلُوماً وَإِنْ شَاءَ جَعَلَ لِلْمُصَلِّي وَالثَّالِثِ وَالرَّابِعِ فَهَذَا حَلَالٌ لِمَنْ جُعِلَ لَهُ لَيْسَتِ فِيهِ عِلَّةٌ.

قال في الحاوي: أما السبق، فيذكر تارة بتسكين الباء، وتارة بفتحها، وهو بتسكين الباء فعل سبق من المسابقة، وهو بفتح الباء العوض المخرج في المسابقة.

قال الشافعي: «والأسباق ثلاثة» يريد به العوض في الأسباق ثلاثة:

أحدها: أن يخرجه غير المتسابقين.

والثاني: أن يخرجه المتسابقان.

والثالث: أن يخرجه أحدهما.

فأما السبق الأول الذي يراه الشافعي؛ وهو الذي يخرجه غير المتسابقين، فيجوز سواء أخرجه الإمام من بيت المال وأخرجه غير الإمام من ماله.

وقال مالك: إن أخرجه الإمام جاز، وإن أخرجه غيره لم يجز؛ لأنه من أسباب الجهاد المختصة بالأئمة، وهذا فاسد من وجهين:

أحدهما: أن ما فيه معونة على الجهاد جاز أن يفعله غير الأئمة، كارتباط الخيل وإعداد السلاح.

---

(١) انظر الأم (١٤٨/٤).

والثاني: أن ما جاز أن يخرجه الإمام من بيت مال المسلمين جاز أن يتطوع به كل واحد من المسلمين لبناء المساجد والقناطر.

فصل:

فإذا صح جوازه من كل باذل لم يخل التبدل من ثلاثة أقسام:

أحدها: أن يختص به السابق وحده دون غيره، كقوله: إذا كان المتسابقون عشرة فقد جعلت للسابق منكم عشرة، وهذا جائز، فأيهم جاء سابقاً لجماعتهم استحق العشرة كلها، ولا شيء لمن بعده، وإن كانوا متفاضلين في السبق، فلو سبق اثنان من الجماعة، فجاءا معاً، وتأخر الباقون، اشترك الاثنان في العشرة، لتساويهما في السبق، فاستويا في الأخذ، ولو سبق خمسة اشتركوا في الأخذ كذلك، ولو سبق تسعة وتأخر واحد اشتركوا في العشرة دون المتأخر منهم، ولو جاؤوا مجيئاً واحداً لما يتأخر عنهم واحد منهم، فلا شيء لهم؛ لأنه ليس فيهم سابق، ولا مسبوق.

والثاني: أن يبذله لجماعة منهم، ولا يبذله لجميعهم، كأنه بذل للأول عوضاً وللثاني عوضاً، ولكل واحد منهم في اللغة اسم إذا تقدم على غيره خاص يقال للسابق الأول: المجلى، والثاني: المصلى،والثالث: التالي، والرابع: البارع، والخامس: المرتاح، والسادس: الحظي، والسابع: العاطف، والثامن: المؤمل، والتاسع: اللطيم، والعاشر: السكيت، وليس لما بعد العاشر اسم إلا الذي يجيء آخر الخيل كلها، يقال له: الفسكل، فإذا بذل لبعض دون بعض، فعلى ضربين:

أحدهما: أن يفاضل بين السابق والمسبوق، فيجعل للأول الذي هو المجلى عشرة ويجعل للثاني الذي هو المصلي تسعة، والثالث الذي هو التالي خمسة والرابع الذي هو البارع أربعة، والخامس الذي هو المرتاح ثلاثة، ولا يجعل لمن بعدهم شيئاً فإن هذا جائز؛ لأنه قد منع المسبوقين وناضل بين السابقين، فحصل التحريض في طلب التفاضل، وخشية المنع.

ويتفرع على هذا أن يجعل للسابق عشرة، وللمصلي خمسة، ولا يجعل لمن بعدهم شيئاً، فيكون السابق خمسة والمصلي واحداً، فيقسم الخمسة السابقين بالعشرة لكل واحد درهمان، وينفرد الواحد المصلي بالخمسة، وإن صار بهما أفضل من السابقين؛ لأنه أخذ الزيادة لتفرده بدرجته، ولم يأخذها لتفضيل أصل درجته وقد كان يجوز أن يشاركه غيره في درجته، فيقل سهمه عن سهم من بعده، ثم على هذا القياس إذا جعل للتالي شيئاً ثالثاً، فحصل من كل درجة انفراد أو اشتراك، وجب أن يختص المنفرد بسبق درجته، ويشترك المشتركون بسبق درجتهم.

والثاني: أن يسوي فيهم بين سابق ومسبوق كأنه جعل للسابق عشرة وللمصلي عشرة، وفاضل بين بقية الخمسة، وهذا غير جائز؛ لأن مقتضى التحريض، أن يفاضل بين السابق والمسبوق، فإذا تساويا فيه بطل مقصوده فلم يجز وكان السبق من حق المصلي

الذي سوى بينه وبين سابقه باطلاً ولم يبطل في حق الأول، وفي بطلانه في حق من عداه وجهان بناء على اختلاف الوجهين في الذي بطل السبق في حقه، هل يستحق على الباذل أجرة مثله أم لا على وجهين:

أحدهما: وهو قول أبي إسحاق المروزي إنه لا أجرة له على الباذل لأن منعه عائد عليه لا على الباذل.

فعلى هذا يكون السبق في حق من بعده، باطلاً؛ لأنه يجوز أن يفضلوا به عن من سبقهم.

والثاني: وهو قول أبي علي الطبري أن له على الباذل أجرة مثله؛ لأن من استحق المسمى في العقد الصحيح استحق أجرة المثل في العقد الفاسد اعتباراً بكل واحد من عقدي الإجارة والجعالة، فعلى هذا يكون السبق في حق من بعده صحيحاً، ولكل واحد منهم ما سمى له، وإن كان أكثر مثل من بطل السبق في حقه، لأنه لا يجوز أن يفضلوا عليه إذا كان مستحقاً بالعقد، وهذا مستحق بغيره. ويتفرع على هذا إذا جعل للأول عشرة، ولم يجعل للثاني شيئاً، وجعل للثالث خمسة وللرابع ثلاثة، ولم يجعل لمن بعدهم شيئاً، فالثاني خارج من السبق لخروجه من البدل ومن قيام من بعده مقامه وجهان:

أحدهما: يقوم الثالث مقام الثاني، ويقوم الرابع مقام الثالث؛ لأنه يصير وجوده بالخروج من السبق كعدمه، فعلى هذا يصح السبق فيها، بالمسمى لهما بعد الأول.

والثاني: أنهم يترتبون على التسمية ولا يكون خروج الثاني منهم بالحكم مخرجاً له من الثالث فعلى هذا يكون السبق فيها باطلاً، لتفضيلها على السابق لهما وهل يكون لهما أجرة مثلها أم لا على ما ذكرنا من الوجهين:

والثالث: أن يبذل العوض لجماعتهم، ولا يخلي آخرهم من عوض، فينظر، فإن سوى فيهم بين سابق ومسبوق كان السبق باطلاً، وكان الحكم فيه على ما قدمنا، وإن لم يساو بين السابق والمسبوق، وفضل كل سابق على كل مسبوق، حتى يجعل مستأخرهم أقلهم سهماً، ففي السبق وجهان:

أحدهما: أنه جائز اعتباراً بالتفاضل في السبق، فعلى هذا يأخذ كل واحد منهم ما سمي له.

والثاني: أن السبق باطل؛ لأنهم قد تكافؤوا في الأخذ، وإن تفاضلوا فيه، فعلى هذا هل يكون باطلاً في حق الآخر وحده؟ فيه وجهان:

أحدهما: أنه باطل في حقه وحده؟ لأن بالتسمية له فسد السبق.

والثاني: أنه يكون باطلاً في حقوق جماعتهم؛ لأن أول العقد مرتبط بآخره، وهل يستحق كل واحد منهم أجرة مثله أم لا على الوجهين المذكورين، فهذا حكم السبق الأول.

مسألة[(١)]:

قَالَ الشَّافِعِيُّ: «وَالثَّانِي يَجْمَعُ وَجْهَيْنِ وَذَلِكَ مِثْلُ الرَّجُلَيْنِ يُرِيدَانِ أَنْ يَسْتَبِقَا بِفَرَسَيْهِمَا وَلَا يُرِيدُ كُلُّ وَاحِدٍ مِنْهُمَا أَنْ يَسْبِقَ صَاحِبَهُ وَيُخْرِجَانِ سَبَقَيْنِ فَلَا يَجُوزُ إِلَّا بِالْمُحَلِّلِ وَهُوَ أَن يَجْعَلَ بَيْنَهُمَا فَرَساً وَلَا يَجُوزُ حَتَّى يَكُونَ فَرَساً كُفُؤاً لِلْفَرَسَيْنِ لَا يَأْمَنَانِ أَنْ يَسْبِقَهُمَا».

قال في الحاوي: وهذا هو السبق الثاني من الأسباق الثلاثة وهو: أن يستبق الرجلان، ويخرج كل واحد منهما سبقاً من ماله يأخذه السابق منهما، وهذا لا يصح حتى يوكلا بينهما محللاً، لا يخرج شيئاً، ويأخذ إن سبق ولا يعطى إن سبق لنص ومعنى.

أما النص، فما رواه سفيان عن الزهري عن سعيد بن المسيب عن أبي هريرة قال: قال رسول الله ﷺ: «من أدخل فرساً بين فرسين وهو لا يؤمن أن يسبق فلا بأس به، ومن أدخل فرساً بين فرسين وهو يؤمن أن يسبق، فلا بأس به، ومن أدخل فرساً بين فرسين وهو يؤمن أن يسبق، فإن ذلك هو القمار»[(٢)].

وأما المعنى، فهو أن إباحة السبق معتبرة، بما خرج عن معنى القمار هو الذي لا يخلو الداخل فيه من أن يكون غانماً أو غارماً إن أعطي، فإذا لم يدخل بينهما محلل كانت هذه حالها، فكان قماراً، وإذا دخل بينهما محلل غير مخرج يأخذان سبق ولا يعطى إن سبق خرج عن معنى القمار فعل.

وهذا الداخل يسمى محللاً؛ لأن العقد صح به، فصار حلالاً ويسميه أهل السبق ميسراً، ويصح العقد به بأربعة شروط:

أحدها: أن يكون فرسه كفؤاً لفرسهما، أو أكفأ منهما، لا يأمنان أن يسبقهما فإن كان فرسه أدون من فرسيهما، وهما يأمنان أن يسبقهما لم يصح للنص، ولأن دخوله مع العلم بأنه لا يسبق غير مؤثر من أخذ السبق.

والثاني: أن يكون المحلل غير مخرج لشيء وإن قل، فإن أخرج شيئاً خرج عن حكم المحلل، فصار في حكم المستبق.

والثالث: أن يأخذ إن سبق، فإن شرط أن لا يأخذ لم يصح.

والرابع: أن يكون فرسه معيناً عند العقد، لدخوله فيه كما يلزم تعين فرس المستبقين، إن كان غير معين بطل.

فصل:

فإذا صحّ العقد بالمحلل على استكمال شروطه، فمذهب الشافعي، وما عليه

---

(١) انظر الأم (٤/١٤٨).

(٢) أخرجه أحمد (٢/ ٥٠٥)، وأبو داود (٢٥٧٩)، وابن ماجه (٢٨٧٦)، والحاكم (٢/ ١١٤) والدارقطني (٤/ ١١١)، والبيهقي في «الكبرى» (١٩٧٧٠)، وفي «معرفة السنن» (٥٧٨٧).

جمهور أصحابه أن المحلل دخل ليحلل العقد ويحلل الأخذ، فيأخذ إن سبق ويؤخذ به إن سبق.

وقال أبو علي بن خيران من أصحابه: إن المحلل دخل لتحلل العقد ويأخذ ولا يؤخذ به وهذا خطأ، لأن التحريض المقصود باستفراه الخيل، ومعاطاة الفروسية غير موجود وإذا لم يؤخذ بالسبق شيء فيصير مانعاً من السبق وإذا أخذ به صار باعثاً عليه وهذا يتضح في التفريع الذي نذكره من بعد.

مسألة(١):

قَالَ الشَّافِعِيُّ: «وَيَخْرُجُ كُلُّ وَاحِدٍ مِنْهُمَا مَا تَرَاضَيَا عَلَيْهِ يَتَوَاضَعَانِهِ عَلَى يَدَيْ رَجُلٍ يَثِقَانِ بِهِ أَوْ يَضْمَنَانِهِ».

قال في الحاوي: ولصحة العقد بينهما مع دخول المعلل أربعة شروط:

أحدها: أن يكون العوض، وهو السبق الذي بذلاه معلوماً إما معيناً أو موصوفاً فإن كان مجهولاً لم يصح، لأن الأعواض في العقود ولا تصح إلا معلومة.

والثاني: أن يتساويا في جنسه ونوعه وقدره، فإن اختلفا فيه أو تفاضلا لم يصح لأنهما لما تساويا في العقد وجب أن يتساويا في بذله.

والثالث: أن يكون فرس كل واحد منهما معيناً، فإن أنهم ولم يعين بطل.

والرابع: أن يكون مدى سبقهما معلوماً، والعلم له أن يكون من أحد وجهين إما بتعيين الابتداء والانتهاء، ومعلوماً بالتعين دون المسافة كالإجارة المعينة، وإما المسافة يتفقان عليها مذروعة بذراع مشهور كالإجارة المضمونة، فإن اتفقا على موضع من الأرض ذرعا تلك المسافة حتى يعرف ابتداؤها وانتهاؤها، فإن أغفلا ذكر الأرض، وإن كانت التي عقدا فيها السبق يمكن إجراء الخيل فيها: فهي أخص المواضع بالسبق، وإن لم يكن إجراء الخيل فيها لحزونتها وأحجارها فأقرب المواضع إليها من الأرض السهلة.

فصل:

فإذا صح العقد بينهما على شروطه المعتبرة فيها، وفي المحلل الداخل بينهما لم يخل حالهما في حال السبق من ثلاثة أحوال:

أحدها: أن يتفقا على تركه في أيديهما ويثق كل واحد منهما بصاحبه فيحملان على ذلك، ولا يلزم إخراج مال السبق من يد أحدهما إلا بعد أن يصير مسبوقاً، فيؤخذ منه باستحقاقه.

والحال الثانية: أن يتفقا على أمين قد تراضيا به، فيؤخذ مال السبق منهما ويوضع على يده، ويعزل مال كل واحد منهما على حدته، ولا يخلطه، فإن سبق أحدهما سلم إليه

---

(١) انظر الأم (١٤٨/٤).

ماله، ومال المسبوق، فإن سبق المحلل سلم إليه مال السبقين ولم يكن للأمين أجرة على السابق، ولا على المسبوق إلا عن شرط فإن كانت له أجرة في عرف المتسابقين، فمن حمله على عرفهم فيه مع عدم الشرط وجهان من اختلافهم فيمن استعمل خياطاً أو قصاراً، فعملا بغير شرط هل يستحق مثله أم لا؟ على وجهين:

أحد الوجهين: أن الأمين يستحق أجرة مثله إذا حكم للصانع بالأجرة، وتكون على المستبقين لا يختص بها السابق، لأنهما أجرة على حفظ المالين.

والوجه الثاني: أنه لا أجرة له وإن جرى بها العرف إذا لم يحكم للصانع بالأجرة.

والحالة الثالثة: أن يختلفا فاختلافهما على ضربين:

أحدهما: أن يختلفا في اختيار الأمين مع اتفاقهما-على إخراجه من أيديهما فيختار الحاكم لهما أميناً يقطع به تنازعهما، وهل يكون إجباره مقصوراً على من تنازعا فيه، أو يكون على العموم في الناس كلهم؟ على وجهين:

أحدهما: أن يكون مقصوراً على اختيار أحد الأمينين اللذين وقع التنازع فيهما، لانصراف المتسابقين عن اختيار غيرهما.

والثاني: أن يكون عاماً في اختيار من رآه من جميع الأمناء، لأن تنازعهما قد رفع حكم اختيارهم.

والثاني: أن يختلفا في إخراجه من أيديهما، فيقول **أحدهما**: يكون مال كل واحد منا في يده.

ويقول الآخر: بل يكون موضوعاً على يد أمينين، وعلى هذا الاختلاف يعتبر مال السبق فإن كان في الذمة، فالقول فيه قول من دعا إلى إقراره معه، لأن العقد على الذمة، ولا يؤخذ إلا باستحقاق، وإن كان معيناً، فالقول فيه قول من دعا إلى وضعه على يد أمين لتعيين الحق فيه، وأنه لا يوصل إليه من غيره.

مسألة[1]:

قَالَ الشَّافِعِيُّ: «وَيَجْرِي بَيْنَهُمَا الْمُحَلِّلِ فَإِنْ سَبَقَهُمَا كَانَ السَّبَقَانِ لَهُ وَإِنْ سَبَقَ أَحَدَهُمَا الْمُحَلِّلَ أَحْرَزَ السَّابِقُ مَالَهُ وَأَخَذَ سَبَقَ صَاحِبِهِ وَإِنْ أَتَيَا مُسْتَوِيَيْنِ لَمْ يَأْخُذْ أَحَدُهُمَا مِنْ صَاحِبِهِ شَيْئاً».

قال في الحاوي: وهذا صحيح: يجب أن يجري المحلل فرسه بين فرس المتسابقين لأمرين:

أحدهما: أنه لما دخل بينهما للتحليل دخل بينهما في الجري.

والثاني: لأنهما بإخراج السبق متنافران فدخل بينهما ليقطع تنافرهما، فإن لم

---

(١) انظر الأم (٤/ ١٤٨).

يتوسطهما، وعدل إلى يمين أو يسار جاز وإن أساء إذا تراضيا به المستبقان، فإن لم يتراضيا إلا بأن يجري فرسه بينهما منع من العدول عن توسطهما إلى يمين أو يسار، لأنه تبع لهما، فكان أمرهما عليه أمضى، فإن رضي أحدهما بعدوله عن التوسط ولم يرض به الآخر فالقول قول من دعا إلى التوسط دون الانحراف، لأنه أعدل بينهما وأمنع من تنافرهما، فإن رضيا بانحرافه عن التوسط بينهما، ودعا أحدهما إلى أن يكون متيامناً، ودعا الآخر إلى أن يكون متياسراً لم يعمل على قول واحد منهما، وجعل وسطاً بينهما، لأنه العدل المقصود والعرف المعهود، وهذا حكم موضع المحلل. فأما المستبقان فإن اتفقا على المتيامن منهما والمتياسر حملا على اتفاقهما وإن اختلفا فيه يقرع بينهما وأوقف كل واحد منهما في موضع قرعته من يمين أو شمال.

فصل:

وإذا استقرت بينهما مع المحلل في الجري، فيختار أن يكون في الموضع الذي ينتهي إليه السبق، وهو غاية المدى قصب قد غرزت في الأرض تسميها العرب قصب السبق، ليحوزها السابق منهم. فيقلعها حتى يعلم بسبقه الداني والقاضي، فيسقط به الاختلاف، وربما كر بها راجعاً يستقبل بها المسبوقين إذا كان مفضلاً في السبق متباهياً في الفروسية، وإذا كان كذلك فللمتسابقين والمحلل سبعة أحوال:

إحداها: أن ينتهوا إلى الغاية على سواء لا يتقدمهم أحدهم: فليس فيهم سابق ولا مسبوق، فيجوز كل واحد من المتسابقين سبق نفسه، ولا يعطي ولا يأخذ، ولا شيء للمحلل لأنه لم يسبق.

والثانية: أن يسبق المخرجان، فيصلا معاً على سواء، ويتأخر المحلل عنهما فيجوز كل واحد من المخرجين سبق نفسه لاستوائهما في السبق ولا شيء للمحلل لأنه مسبوق.

والثالثة: أن يسبق المحلل، ويأتي المخرجان به بعده على سواء أو تفاضل، فيستحق المحلل سبق المخرجين لسبقه لهما.

وهذه الأحوال الثلاثة ليس يختلف فيها المذهب.

والرابعة: أن يسبق أحد المخرجين ثم يأتي بعده المحلل والمخرج الآخر على سواء، فيجوز السابق سبق نفسه، فأما سبق المسبوق فمذهب الشافعي أن يكون للسابق، ويؤخذ به إن كان مسبوقاً، وقد حصل السبق لغيره، فوجب أن يكون أحق يأخذه، فيكون جميعه للمخرج السابق.

وعلى مذهب أبي علي بن خيران أن دخول المحلل ليأخذ ولا يؤخذ به، يكون سبق المتأخر من المخرجين مقراً عليه، لا يستحقه السابق من المخرجين لأنه يعطي ولا يأخذ، ولا يستحقه المحلل، لأنه لم يسبق.

والخامسة: أن يسبق المحلل وأحد المخرجين على سواء، يجوز السابق من

المخرجين سبق نفسه، ويكون مال المخرج المسبوق على مذهب الشافعي بين المخرج السابق والمحلل، وعلى مذهب ابن خيران يكون جميعه للمحلل دون المخرج السابق.

والسادسة: أن يسبق أحد المخرجين ثم المحلل بعده ثم المخرج الآخر بعد المحلل فعلى مذهب الشافعي يكون مال المسبوق للمخرج الأول لسبقه، وعلى مذهب ابن خيران للمحلل دون السابق.

والسابعة: يسبق أحد المخرجين ثم يتلوه المخرج الثاني، ويتأخر عنها المحلل: فعلى مذهب الشافعي: يستحق السابق مال المسبوق، وعلى مذهب ابن خيران لا يستحقه السابق؛ لأنه لا يأخذ، ولا يستحقه المحلل، لأنه لم يسبق، ويكون مقراً على المسبوق، ثم على قياس هذا في اعتبار المذهبين.

مسألة:

قَالَ[1] الشَّافِعِيُّ: «وَالسَّبْقُ أَنْ يَسْبِقَ أَحَدُهُمَا صَاحِبِهِ وَأَقَلَّ السَّبْقِ أَنْ يَسْبِقَ بِالهَادِي أَوْ بَعْضِهِ أَوْ بِالكَتْدِ أَوْ بَعْضِهِ».

قال في الحاوي: والسبق ضربان:

أحدهما: أن يكون مقيداً بأقدام مشروطة كاشتراطهما السبق بعشرة أقدام، ولا يتم السبق إلا بها ولو سبق أحدهما بتسعة أقدام لم يكن سابقاً في استحقاق البدل، وإن كان سابقاً في العمل.

والثاني: أن يكوم مطلقاً بغير شرط فيكون سابقاً بكل قليل وكثير.

قال الشافعي: «أول السبق أن يسبق بالهادي أو بعضه أو كالكتد أو بعضه» فأما الهادي فهو العنق، وأما الكتد يقال بفتح التاء وكسرها والفتح أشهر وفيه تأويلان:

أحدهما: أنه الكتف.

والثاني: أنه ما بين أصل العنق والظهر، وهو مجتمع الكتفين في موضع السنام من الإبل، فجعل الشافعي أقل السبق بالهادي والكتد.

وقال الأوزاعي: أقل السبق بالرأس، وقال المزني: أقل السبق بالأذن استدلالاً بما روي عن النبي ﷺ أنه قال: «بعثت والساعة كفرسي رهان كاد أحدهما أن يسبق الآخر بإذنه»[2]. والمقصود بهذا الخبر ضرب المثل على وجه المبالغة، وليس بحد لسبق الرهان كما قال رسول الله ﷺ: «من بنى لله بيتاً ولو كمفحص قطاة بنى الله له بيتاً في الجنة»[3] وإن كان بيت لا يبنى كمفحص القطاة، وإنما لم يعتبر بالأذن كما قال المزني، ولا بالرأس كما قال الأوزاعي، لأن من الخيل ما يزجي أذنه ورأسه، فيطول ومنها ما يرفعه،

---

(١) انظر الأم (٤/١٤٨).

(٢) انظر تفسير القرطبي (١٦/ ٢٤٠). (٣) تقدم تخريجه.

فتقصر فلم يدل واحد منهما على التقديم، وإذا سقط اعتبارها ثبت اعتبار الهادي والكتد، ولو اعتبر السبق بأيديهما، فأيهما تقدمت يداه، وهو السابق كان عندي أصح، لأن السعي بهما والجري عليهما، لكن الشافعي اعتبره بالهادي والكتد.

فأما السبق بالكتد فمتحقق، سواء اتفق الفرسان في الطول والقصر أو تفاضلا.

وأما السبق بالهادي، وهو العنق، فلا يخلو حال الفرسين أن يتساويا فيه أو يتفاضلا، فإن تساويا في طوله أو قصره، فأيهما سبق بالعنق كان سابقاً، وإن تفاضلا في طوله أو قصره، فإن سبق بالعنق أقصرهما عنقاً كان سابقاً، وإن سبق بالعنق أطولهما عنقاً لم يكن سابقاً إلا أن ينضاف السبق بكتده، لأنه سبقه بعنقه إنما كان لطوله لا لزيادة جريه.

فإن قيل: فإذا كان السبق بالكتد صحيحاً مع اختلاف الخلقة، فلم أعتبر بالعنق الذي يختلف حكمها باختلاف الخلقة.

قيل: لأن السبق بالكتد يتحقق للقريب دون البعيد، والسبق بالعنق يشاهده، ويتحققه القريب والبعيد، وربما دعت الضرورة إليه ليشاهده شهود السبق فشهدوا به للسابق شهوداً يستوقفون عند الغاية ليشهدوا للسابق على المسبوق فلو سبق أحدهما عند الغاية بهاديه أو كتده ثم جريا بعد الغاية، فتقدم المسبوق بعدها على السابق بهاديه أو كتده كان السبق لمن سبق عند الغاية دون من سبق بعدها، لأن ما يجاوز الغاية غير داخل في العقد، فلم يعتبر، وهكذا لو سبق أحدهما قبل الغاية ثم سبق الآخر عند الغاية كان السبق لمن سبق عند الغاية دون من سبق قبلها لاستقرار العقد على السبق إليها.

مسألة(١):

قَالَ الشَّافِعِيُّ: «وَسَوَاءٌ لَوْ كَانُوا مِائَةً وَأَدْخَلُوا بَيْنَهُمْ مُحَلِّلًا فَكَذَلِكَ».

قال في الحاوي: وهذا صحيح؛ لأن كثرة المتسابقين لا يوجب كثرة المحللين؛ لأن دخول المحلل ليكون فيهم من يأخذ ولا يعطي حتى يصير خارجاً من ذكر القمار، وهذا موجود في دخول الواحد بين مائة متسابق، وإن كان الأولى أن يكثر المحللون إذا كثر المتسابقون، ليكون من القمار أبعد، وإن خرج من حكم القمار بالواحد، وعلى هذا لو دخل بين الاثنين محللان فأكثر كان جائزاً وإن عقد السبق بالمحلل على شرط فاسد أوجب سقوط المسمى فيه ثم سبق أحدهما نظر فيه، فإن كان هو المحلل، استحق أجرة مثله على المتسابقين تكون بينهما نصفين يستوي في التزامها من تقدم منهما، ومن تأخر ويستحقها وجهاً واحداً لأنه معهما كالأجير وإن سبق أحد المخرجين فلا شيء للمحلل، وهل يستحق السابق على المتأخر أجرة مثله أم لا؟ على ما قدمنا من الوجهين.

(١) انظر الأم (١٤٨/٤).

مسألة[1]:

قَالَ الشَّافِعِيُّ: «وَالثَّالِثُ أَنْ يَسْبِقَ أَحَدُهُمَا صَاحِبَهُ فَإِنْ سَبَقَهُ صَاحِبُهُ أَخَذَ السَّبْقَ وَإِنْ سَبَقَ صَاحِبَهُ أَحْرَزَ سَبْقَهُ».

قال في الحاوي: وهذا هو السبق الثالث من الأسباق الثلاثة، وهو أن يستبق الرجلان على أن يخرج أحدهما مال السبق دون الآخر، فإن سبق مخرج المال أحرز مال نفسه، ولا شيء على المسبوق، فإن سبق غير المخرج أخذ مال المخرج، وهذا سبق جائز لأنه يصير غير المخرج منهما محللاً، فصار به خارجاً من حكم القمار. وهكذا لو كانوا ثلاثة، وأخرج مال السبق منهم، اثنان أو عشرة، فأخرج مال السبق منهم تسعة صح وكان غير المخرج كالمحلل.

فإن تسابق الرجلان يخرج أحدهما المال دون الآخر على شرط فسد به العقد بينهما ثم سبق أحدهما نظر.

فإن كان السابق مخرج المال، فلا شيء له على المسبوق لدخوله في العقد على غير بدل وإن سبق غير المخرج نفس استحقاقه أجرة مثله على المسبوق المخرج وجهان مضيا.

مسألة[2]:

قَالَ الشَّافِعِيُّ: «وَلَا يَجُوزُ السَّبْقُ إِلَّا أَنْ تَكُونَ الغَايَةُ الَّتِي يَخْرُجَانِ مِنْهَا وَيَنْتَهِيَانِ إِلَيْهَ وَاحِدَةً».

قال في الحاوي: وهذا صحيح؛ لأن من شرط صحة السبق من مسافة السباق ثلاثة شروط:

أحدها: أن تكون مسافة السبق معلومة الانتهاء فيشترطان، الجري من ابتداء معلوم إلى غاية معلومة؛ لأنه من عقود المعاوضات المحروسة بالابتداء من الجهالة، فإن استبقا على غير غاية على أن أيهما سبق صاحبه كان سابقاً من قريب المدي وبعيده لم يجز لعلتين:

إحداهما: أن من الخيل من يشتد جريه في الابتداء، ويضعف في الانتهاء وهو عتاقها، ومنها ما يضعف في الابتداء ويشتد في الانتهاء، وهو هجانها، ولا يتحقق السابق منها مع جهالة المدي.

والثانية: أن يفضي ذلك منهما إلى إجراء الخيل حتى تنقطع، وتهلك طلباً للسبق فمنع منه، فأما الرمي إذا عقد بين المترامين على أن أيهما أبعد سهماً فهو فاضل ففي صحته وجهان:

---

(١) انظر الأم (٤/١٤٨).

(٢) انظر الأم (٤/١٤٨).

أحدهما: أنه لا يصح كالسبق بالخيل حتى يعقد على عدد الإصابة دون بعد المدى.

والثاني: يصح أن يعقد على بعد المدى كما يصح أن يعقد على عدد الإصابة؛ لأن كل واحد من بعد المدى، ومن الإصابة مؤثر في العقد، فصح العقد عليهما، ولا يؤثر في العقد إجراء الخيل بالسبق إلى غاية فافترقا.

والشرط الثاني: أن تكون المسافة المشروطة مسماة يمكن أن ينتهي شوط الفرس إليها غير منقطع في العرف، فإن زادت حتى لا ينتهي شوطه إليها إلا منقطعاً لم تجز لتحريم ذلك من حقوقهما وأن الانتهاء إليها ممتنع، فإن كانت مسافة السبق تنتهي إليها هجان الخيل الشديدة دون عتاقها الضعيفة جاز الاستباق إليها بالهجان دون العتاق، وكذلك لو كانت مسافة ينتهي إليها شوط الإبل دون الخيل جاز الاستباق إليها بالإبل دون الخيل.

والشرط الثالث: أن يتساويا في ابتداء الجري وانتهائه ليكونا في الغاية متساويين، ولا يفصل أحدهما بشيء في الابتداء والانتهاء، وإن فضل أحدهما صاحبه بشيء، وإن قل فسد السبق، لأن المقصود بالسبق العلم بأفره الفرسين ولا يعلم ذلك مع التفضيل، والله أعلم.

فصل:

وإذا عثر أحد الفرسين أو ساخت قوائمه في الأرض، فسبق الآخر لم يحتسب له بالسبق، لأن العثرة أخرته، ولو كان العاثر هو السابق احتسب سبقه، لأنه إذا سبق مع العثرة كان بعدها أسبق، ولو وقف أحد الفرسين بعد الجري حتى وصل الآخر إلى غايته كان مسبوقاً إن وقف لغير مرض، ولا يكون مسبوقاً إن وقف لمرض فأما إن وقف قبل الجري لم يكن مسبوقاً سواء وقف لمرض أو غير مرض، لأنه بعد الجري مشارك، والله أعلم.

مسألة(١):

قَالَ الشَّافِعِيّ: «وَالنِّضَالُ فِيمَا بَيْنَ الرُّمَاةِ كَذَلِكَ فِي السَّبْقِ وَالعِلَلِ يَجُوزُ فِي كُلِّ وَاحِدٍ مِنْهُمَا مَا يَجُوزُ فِي الآخَرِ ثُمَّ يَتَفَرَّعَانِ فَإِذَا اخْتَلَفَت عِلَلُهُمَا اخْتَلَفَا».

قال في الحاوي: أما السباق فاسم يشتمل على المسابقة بالخيل حقيقة وعلى المسابقة بالرمي مجازاً، ولكل واحد منهما اسم خاص: فتختص الخيل بالرهان، ويختص الرمي بالنضال.

فأما قولهم: سبق فلان بتشديد الباء فمن أسماء الأضداد يسمى به من أخرج مال السبق، ويسمى به من أحرز مال السبق، وقد مضى حكم السباق بالخيل.

---

(١) انظر الأم (٤/١٤٩).

فأما السباق بالنضال فهما في الإباحة سواء، والخلاف فيهما واحد، وقد تقدم الدليل عليهما، وقد ذكر الشافعي ها هنا كلاماً اشتمل على أربعة فصول:

أحدهما: قوله: «والنضال فيما بين الرماة كذلك في السبق والعلل» يريد بهذا الفصل أمرين:

أحدهما: جواز النضال بالرمي كجواز السباق بالخيل.

والثاني: اشتراكهما في التعليل لإرهاب العدو بهما، لقول الله تعالى: ﴿وَأَعِدُّواْ لَهُم مَّا ٱسْتَطَعْتُم مِّن قُوَّةٍ وَمِن رِّبَاطِ ٱلْخَيْلِ تُرْهِبُونَ بِهِۦ عَدُوَّ ٱللَّهِ وَعَدُوَّكُمْ﴾ [الأنفال: ٦٠].

والفصل الثاني: قوله: «يجوز في كل واحد منهما ما يجوز في الآخر» يريد بهذا أن الأسباق في النضال ثلاثة كما كانت الأسباق في الخيل ثلاثة:

أحدها: أن يخرج الوالي مال السبق فيجوز كجوازه في الخيل.

والثاني: أن يخرجه المتناضلان، فلا يجوز حتى يدخل بينهما محلل يكون رميه كرميهما أو أرمى منهما، كما لا يجوز في ا لخيل إلا محلل يكون فرسه كفؤاً لفرسيهما أو أكفأ.

والثالث: أن يخرجه أحد المتناضلين، فيجوز كما يجوز في ا لخيل إذا أخرجه أحد المتسابقين.

والفصل الثالث: قوله: «ثم يتفرعان» يريد به أمرين:

أحدهما: أن الأصل في سباق الخيل الفرس والراكب تبع، والأصل في النضال الرامي، والآلة تبع، لأن المقصود في سباق الخيل فراهة الفرس، ولو أراد أن يبدله بغيره لم يجز ويجوز أن يبدل الراكب بغيره.

والمقصود في النضال حذق الرامي، ولو أراد أن يستبدل بغيره لم يجز، ويجوز أن يبدل آلته بغيرها.

والثاني: أنه في النضال من تفريع المرمى بالمبادرة والمخاطبة ما لا يتفرع في سباق الخيل.

والفصل الرابع: قوله: «فإذا اختلفت عللهما اختلفا» يريد به أنه لما كان المقصود في سباق الخيل الفرس دون الراكب لزم تعيين الفرس، ولم يلزم تعيين الراكب، ومتى مات الفرس بطل السبق ولا يبطل بموت الراكب إن لم يكن هو العاقد وفي بطلانه بموت العاقد قولان:

أحدهما: لا يبطل بموته إذا قيل: إنه كالإجارة.

والثاني: يبطل بموته إذا قيل: إنه كالجعالة ولما كان المقصود في النضال الرامي دون الآلة لزم تعيين الرامي، ولم يلزم تعيين الآلة، وبطل النضال إذا مات الرامي، ولم يبطل إذا انكسر القوس، فقد اختلف حكمهما كما اختلفت عللهما.

مسألة[1]:

قَالَ الشَّافِعِيُّ: «فَإِذا سَبَقَ أَحَدُهُمَا صَاحِبَهُ وَجَعَلَا بَيْنَهُمَا قَرْعاً مَعْلُوماً فَجَائِزٌ أَنْ يَشْتَرِطَا مَحَاطَّةً أَو مُبَادَرَةً».

قال في الحاوي: اعلم أن عقد الرامي معتبر بعشرة شروط:

أحدها: أن يكون الراميين متعينين، لأن العقد عليهما والمقصود به حذفهما، فإن لم يتعينا بطل العقد سواء وصفا أو لم يوصفا كما لو أطلق في السبق الفرسان، فإن لم يتعينا كان باطلاً، ولا يلزم تعيين الآلة، ولكل واحد منهما أن يرمي عن أي قوس شاء وبأي سهم أحب، فإن عينت الآلة لم يتعين وبطلت في التعيين، فإن قيل: فيرمي عن هذين القوسين لم يؤثر في العقد جاز لهما الرمي عنهما، وبغيرهما وإن قيل: على أن لا يرمي عن هذين القوسين كان العقد فاسداً، لأنه على الوجه الأول صفة، وعلى الوجه الثاني شرط.

فصل:

والشرط الثاني: أن يكون عدد الرمي معلوماً، لأن العمل المعقود عليه ليكون غاية رميهما فيه منتهياً إليه، ويسمى الرشق: يقال بفتح الراء وبكسرها فالرشق بفتح الراء هو الرمي، والرشق بكسر الراء عدد الرمي، وعرف الرماة في الرمي أن يكون من عشرين إلى ثلاثين فإن عقد له على أقل منها أو أكثر جاز.

فصل:

والشرط الثالث: أن يكون عدد الإصابة الرشق معلوماً ليعرف به الناضل من المنضول، وأكثر ما يجوز أن يشترط فيه الإصابة، فأنقص من عدد الرشق المشروط بشيء وإن قل ليكون متلافياً للخطأ الذي يتعذر أن يسلم منه المتناضلان فقد قيل: إن أحذق الرماة في العرف من أصاب من العشرة ثمانية، فإن شرط إصابة الكل من الكل بطل، لتعذره في الأغلب، وإن شرطا إصابة ثمانية من العشرة جاز، فإن شرطا إصابة تسعة من العشرة، ففيه وجهان:

أحدهما: يجوز لبقاء سهم الخطأ.

والثاني: لا يجوز لأن إصابته نادرة.

فأما أقل ما يشترط في الإصابة فهو ما يحصل فيه القاصد وهو ما زاد على الواحد، وقد نص الشافعي في كتاب الأم على مسألة، فقال: «فلو تناضلا على أن الرشق عشرة والإصابة من تسعة لم يجز» واختلف أصحابنا في تأويلها على وجهين:

أحدهما: تأويلها أن يشترط إصابة تسعة من عشرة فيبطل على ما ذكرناه من أحد

---

(١) انظر الأم (٤/١٤٩).

الوجهين.

والثاني: تأويلها أن يشترط أن يكون الرشق عشرة، والإصابة محتسبة في تسعة دون العاشر فيبطل وجهاً واحداً لاستحقاق الإصابة في جميع الرشق به، فإن أغفلا عدد الإصابة وعقداه على أن يكون الناضل منهما أكثرهما إصابة، ففيه وجهان:

أحدهما: من التعليلين في اشتراط فعله في سباق الخيل إذا عقداه إلى غير غاية ليكون السابق من تقدم في أي غاية كانت، وهو باطل في الخيل لعلتين:

إحداهما: أن من الخيل ما يقوى جريه في ابتدائه، وتضعف في انتهائه ومنها ما هو بضده فعلى هذا يكون النضال على كثرة الإصابة باطلاً، لأن من الرماة من تكثر إصابته في الابتداء وثقل في الانتهاء، ومنهم من هو بضده.

والثانية: أن إجراء الخيل إلى غير غاية مفضٍ إلى انقطاعها، فعلى هذا يجوز النضال على كثرة الإصابة؛ لأنه غير مفضٍ إلى انقطاع الرماة.

فصل:

والشرط الرابع: أن تكون مسافة ما بين موقف الرامي والهدف معلومة، لأن الإصابة تكثر مع قرب المسافة، وتقل مع بعدها، فلزم العمل بها، وأبعدها في العرف ثلاثمائة ذراع، وأقلها ما يحتمل أن يصاب وأن لا يصاب، فإن أغفلا مسافة الرمي، فلها ثلاثة أحوال:

إحداها: أن لا يكون للرماة هدف منصوب، ولا لهم عرف معهود، فيكون العقد باطلاً للجهل بما تضمنه.

والحال الثانية: أن يكون للرماة الحاضرين هدف منصوب، وللرماة فيه موقف معروف، فيصح العقد ويكون متوجهاً إلى الهدف الحاضر من الموقف المشاهد، والرماة يسمون موقف الرامي الوجه.

والحالة الثالثة: أن لا يكون لهم هدف منصوب، ولكن لهم فيه عرف معهود، ففيه وجهان:

أصحهما: يصح العقد مع الإطلاق، ويحملان فيه على العرف المعهود كما يحمل إطلاق الأثمان على غالب النقد المعهود.

والثاني: أن العقد باطل، لأن قذف الرماة يختلف، فاختلف لأجله حكم الهدف فلم يصح حتى يوصف.

فصل:

والشرط الخامس: أن يكون الغرض من الهدف معلوماً، لأنه المقصود بالإصابة.

أما الهدف فهو تراب يجمع أو حائط يبنى، وأما الغرض فهو جلد أو شيء بالٍ ينصب في الهدف، ويختص بالإصابة، وربما جعل في الغرض دارة كالهلال تختص

بالإصابة من جملة الغرض، وهي الغاية في المقصود من حذق الرماة.

وإذا كان كذلك، فالعلم بالغرض يكون من ثلاثة أوجه:

أحدها: موضعه من الهدف في ارتفاعه وانخفاضه؛ لأن الإصابة في المنخفض أكثر منها في المرتفع.

والثاني: قدر الغرض في ضيقه وسعته، لأن الإصابة في الواسع أكثر منها في الضيق، وأوسع الأغراض في عرف الرماة ذراع، وأقله أربع أصابع.

والثالث: قدر الدارة من الغرض إن شرطت الإصابة بها.

فصل:

والشرط السادس: أن يكون محل الإصابة معلوماً هل هو في الهدف أو في الغرض أو في الدارة؟ لأن الإصابة في الهدف أوسع، وفي الغرض أوسط، وفي الدارة أضيق، وإن أغفل ذلك كان جميع الغرض محللاً للإصابة؛ لأن ما دونه تخصيص، وما زاد عليه فهو بالغرض مخصوص.

فإن كانت الإصابة مشروطة في الهدف سقط اعتبار الغرض، ولزم وصف الهدف في طوله وعرضه، وإن شرطت الإصابة في الغرض سقط اعتبار الهدف، ولزم وصف الغرض وإن شرطت الإصابة في الدارة سقط اعتبار الغرض ولزم وصف الدارة.

فصل:

والشرط السابع: أن تكون الإصابة موصوفة بقرع أو خزق أو خسق.

فالقارع: ما أصاب الغرض، ولم يؤثر فيه.

والخازق: ما ثقب الغرض، ولم يثبت فيه.

والخاسق: ما ثبت من الغرض، بعد أن ثقب.

ولا يحتسب بالقارع في الخزق والخسق، ويحتسب بالخاسق في القرع، ولا يحتسب به في الخسق، ويحتسب بالخازق في القرع والخزق، وينطلق على جميع هذه الإصابات اسم الخواصل وهو جمع خصال، فإن أغفل هذا الشرط كانت الإصابة محمولة على القرع، لأن ما عداه زيادة.

فصل:

والشرط الثامن: أن يكون حكم الإصابة معلوماً هل هو مبادرة أو محاطة لأن حكم كل واحد منهما مخالف لحكم الآخر، والمبادرة أن يبادر أحدهما إلى استكمال إصابته في أقل العددين على ما سنصفه.

والمحاطة: أن يحط أقل الإصابتين من أكثرهما، ويكون الباقي بعدها هو العدد المشروط على ما سنشرحه، فإن أغفلا ذلك وما يشترطاه فسد العقد إن لم يكن للرماة

عرف معهود بأحدهما، وفي فساده إن كان لهم عرف معهود وجهان على ما تقدم.

فصل:

والشرط التاسع: أن يكون المال المخرج في النضال معلوماً؛ لأنه عوض في عقد، ويسمى هذا المال المخرج السبق بفتح الباء ويسمى الخطر، ويسمى الندب، ويسمى الوجب: وكل ذلك من أسمائه، فإن أغفل ذكر الغرض كان باطلاً، ولا شيء للناضل إذا نضل، وإن جهل الغرض كان العقد باطلاً، في استحقاقه لأجرة مثله إذا نضل وجهان.

فصل:

والشرط العاشر: أن يذكر المبتدىء منهما بالرمي، وكيفية الرمي هل يتراميان سهماً وسهماً أو خمساً وخمساً، ليزول التنازع، ويعمل كل واحد منهما على شرطه فإن أغفل ذكر المبتدىء منهما بالرمي، ففي العقد قولان:

أحدهما: باطل.

والثاني: جائز.

وفي المبتدىء وجهان:

أحدهما: مخرج المال.

والثاني: من قرع.

وإن أغفل عدد ما يرميه كل واحد منهما في بدئه فالعقد صحيح، ويحملانه على عرف الرماة إن لم يختلف، فإن اختلف عرفهم رميا سهماً، فهذه عشرة شروط يعتبر بها عقد المناضلة.

فأما قول الشافعي في هذه المسألة: «وكذلك لو سبق أحدهما قرعاً معلوماً» فقد اختلف أصحابنا في مراده بالقرع على ثلاثة أوجه:

أحدها: أنه أراد به المال ويكون من أسمائه كالوجب والندب والحظر ـ ذكره أبو حامد الإسفراييني، وحكاه عن ابن الأعرابي.

والثاني: وهو المشهور في قول أصحابنا إنه أراد صفة الإصابة أنها قرع لا خزق ولا خسق.

والثالث: أنه أراد بالقرع الرشق في عدد الرمي، وله على كل واحد من هذه الوجوه الثلاثة حكم بيناه ـ وبالله التوفيق ـ.

مسألة[1]:

قَالَ الشَّافِعِيُّ: «فَإِنْ اشْتَرَطَا مُحَاطَّة فَكُلَّمَا أَصَابَ أَحَدُهُمَا وَأَصَابَ الآخَرَ بِمِثْلِهِ

(١) انظر الأم (٤/ ١٤٩).

أَسْقَطَا العَدَدَيْنِ وَلَا شَيْءٍ لِوَاحِدٍ مِنْهُمَا وَيَسْتَأْنِفَانِ وَإِنْ أَصَابَ أَقَلَّ مِنْ صَاحِبِهِ حَطَّ مِثْلَهُ حَتَّى يَخْلُصَ لَهُ فَضْلُ العَدَدِ الَّذِي شَرَطَ فَيَنْضِلَهُ بِهِ».

قال في الحاوي: قد ذكرنا أن النضال على ضربين: محاطة ومبادرة، فبدأ الشافعي بذكر المحاطة، لأنها كانت غالب الرمي في زمانه، وقيل: إنه كان رامياً يصيب من العشرة ثمانية في الغالب وهي عادة حذاق الرماة.

فإذا عقدا سبق النضال على إصابة خمسة من عشرين محاطة ورماية وجب أن تحط أقل الإصابتين في أكثرهما وينظر في الباقي بعد الحط، فإن كان خمسة، فهو القدر المشروط فيصير صاحبه به ناضلاً.

وإن كان الباقي أقل من خمسة لم ينضل، وإن كان أكثر أصابه لنقصانه من العدد المشروط، فإذا كان كذلك لم يخل حالهما بعد الرمي من أحد أمرين: إما أن يتساويا في الإصابة أو يتفاضلا.

فإن تساويا في الإصابة، فأصاب كل واحد منهم عشراً عشراً أو خمساً خمساً، قال الشافعي: «فلا شيء لواحد منهما وليستأنفان»، فاختلف أصحابنا في مراده بقوله: «وليستأنفان» على وجهين حكاهما ابن أبي هريرة:

أحدهما: يستأنفان الرمي بالعقد الأول؛ لأن عقد المحاطة ما أوجب حط الأقل من الأكثر وليس مع التساوي عقد حط، فخرج من عقد المحاطة، فلذلك استأنفا الرمي ليصير ما يستأنفانه في عقود المحاطة.

والثاني: أنه أراد بهما يستأنفان عقداً مستجداً إن أحبا، لأن العقد الواحد لا يلزم فيه إعادة الرمي مع التكافؤ كما لا يلزم في الخيل إعادة الجري مع التكافؤ والذي أراه ـ وهو عندي الأصح ـ أن ينظر.

فإن تساويا في الإصابة قبل الرشق استأنفا الرمي بالعقد الأول، وإن تساويا فيه بعد استكمال الرشق استأنفاه بعقد مستجد إن أحبا، لأنهما قبل استكمال الرشق في بقايا أحكام العقد وبعد استكماله قد نقضت جميع أحكامه.

فصل:

فإن تفاضلا في الإصابة لم يخل تفاضلهما فيها من ثلاثة أقسام:

أحدها: أن يفضل، ولا ينضل بما فضل، وهو أن يشترطا إصابة خمسة من عشرين محاطة، فيصيب أحدهما عشرة أسهم، ويصيب الآخر ستة أسهم فتحط الستة من العشرة، فيكون الباقي منها أربعة فلا ينضل، لأن شرط الإصابة خمسة، وهكذا لو أصاب أحدهما خمسة عشر، وأصاب الآخر أحد عشر لم ينضل الفاضل، لأن الباقي له بعد الخط أربعة ثم على هذه العبرة إذا كان الباقي أقل من خمسة.

والقسم الثاني: أن ينضل بما فضل بعد استيفاء الرشق، وهو أن يصيب أحدهما

خمسة عشر من عشرين، ويصيب الآخر عشرة من عشرين، فينضل الفاضل، لأنها إذا أسقطت من إصابته عشرة كان الباقي بعدها خمسة، وهو عدد النضل، وهكذا لو أصاب أحدهما عشرة، وأصاب الآخر خمسة كان الفاضل ناضلاً، لأنه إذا أسقطت الخمسة من إصابته كان الباقي بعدها خمسة، وهو عدد النضل، وهكذا لو كان الباقي بعد الحط أكثر من خمسة، ثم على هذه العبرة.

والقسم الثالث: أن ينضل بما فضل قبل استيفاء الرشق، وهو أن يصيب أحدهما عشرة من خمسة عشرة، ويصيب الآخر خمسة من خمسة عشرة، ويكون الباقي من الأكثر خمسة هي عدد النضل فهو يستقر النضال بهذا قبل استيفاء الرشق أم لا؟ على وجهين:

أحدهما: يستقر النضل ويسقط باقي الرشق؛ لأن مقصوده معرفة الأحذق، وقد عرف.

والوجه الثاني: ـ وهو الأظفر ـ أنه لا يستقر النضل بهذه المبادرة إلى العدد حتى يرميا بقية الرشق، لأن العقد قد تضمنها، وقد يجوز أن يصيب المفضول جميعها أو أكثرها ويخطىء الفاضل جميعها أو أكثرها.

وعلى هذا يكون التفريع، فإذا رميا بقية الرشق، وهو الخمسة الباقية فإن أصاب المفضول جميعها أو أخطأ الفاضل جميعها، فقد استويا ولم ينضل واحد منهما لأن إصابة كل واحد منهما عشرة وإن أصاب الفاضل، وأخطأ المفضول جميعها استقر فضل الفاضل، لأنه أصاب خمسة عشر من عشرين، وأصاب المفضول خمسة من عشرين فكان الباقي بعد الحط عشرة هي أكثر من شرطه، فلو أصاب الفاضل من الخمسة الباقية سهماً وأصاب المفضول سهمين لم يفضل الفاضل، لأن عدد إصابته أحد عشر سهماً، وعدد إصابة المفضول سبعة إذا حطت من تلك الإصابة كان الباقي أربعة والشرط أن تكون خمسة فلذلك لم ينضل وإن فضل، فلو أصاب سهمين، والمفضول سهمين صار الفاضل ناضلاً، لأنه أصاب اثني عشرة، وأصاب المفضول سبعة ليبقى للفاضل بعد الحط خمسة.

ولو أصاب أحدهما سبعة من عشرة وأصاب الآخر سهمين من عشرة، فإذا رميا بقية السهام فإن أصاب المفضول جميعها، وأخطأ الفاضل جميعها صار الأول ناضلاً والثاني منضولاً لأن الأول له سبعة والثاني اثنا عشر يبقى له بعد الحط خمسة، ولو أصاب الأول جميعها، وأصاب الثاني جميعها كان الأول ناضلاً؛ لأن إصابته سبعة عشر وإصابة الثاني اثنا عشر، فإن أخطأ الأول في سهم من بقية الرشق لم يفضل ولم ينضل، ولو أصاب اثني عشر من خمسة عشر، وأصاب الآخر سهمين من خمسة عشر استقرّ النضل، وسقط بقية الرشق وجهاً واحداً، لأن المفضول لو أصاب جميع الخمسة الباقية في الرشق حتى استكمل بما تقدم سبعة كان منضولاً لأن الباقي للفاضل بعد حطها خمسة فلم يستفد ببقية الرمي أن يدفع عن نفسه النضل، فسقط ثم على هذه العبرة.

مسألة(١):

قَالَ الشَّافِعِيُّ: «وَيَسْتَحِقُّ سَبْقُهُ يَكُونُ مِلْكاً لَهُ يَقْضِي بِهِ عَلَيْهِ كَالدَّيْنِ يَلْزَمُهُ إِنْ شَاءَ أَطْعَمَ أَصْحَابَهُ وَإِنْ شَاءَ تَمَوَّلَهُ».

قال في الحاوي: وهذا صحيح إذا نضل الرامي ملك مال النضال، وكذلك في السبق، وصار كسائر أمواله، فإن كان عيناً استحق أخذها وإن كان ديناً استوجب قبضه، ولم يلزمه أن يطعمه أصحابه من أهل النضال والسباق.

وحكى الشافعي عن بعض فقهاء الرماة أن عليه أن يطعمه أصحابه، ولا يجوز أن يتملكه، وهذا فاسد لأنه لا يخلو إما أن يكون كمال الإجارة أو مال الجعالة؛ لأن عقده متردد يبن هذين العقدين، والعوض في كل واحد منهما مستحق يتملكه مستحقه، ولا تلزمه مشاركة غيره، فبطل ما قاله المخالف فيه، فعلى هذا إن مطل به المنضول قضى به الحاكم عليه، وحبسه فيه، وباع عليه ملكه، وإن مات أو أفلس ضرب به مع غرمائه ويقدم به على ورثته.

مسألة(٢):

قَالَ الشَّافِعِيُّ: «وَإِنْ أَخَذَ بِهِ رَهْناً أَوْ ضَمِيناً فَجَائِزٌ».

قال في الحاوي: اعلم أن مال النضال لا يخلو إما أن يكون معيناً أو في الذمة، فإن كان معيناً لم يجز أخذ الرهن منه، ولا الضمين لأن الأعيان لا تستوفي من رهين ولا ضامن، فلم يصح فيها رهن ولا ضمان، وإن كان في الذمة، فإن استقر المال بالفلج جاز أخذ الرهن فيه، والضمين لاستقراره في الذمة كسائر الديون، وإن لم يستقر بالفلج كان أخذ الرهن فيه والضمين لاستقراره في الذمة كسائر الديون، وإن لم يستقر بالفلج كان أخذ الرهن فيه والضمين معتبراً بحكم العقد في اللزوم والجواز، فإن قيل بلزومه كالإجارة جاز أخذ الرهن فيه، والضمين كالأجرة، وإن قيل بجوازه كالجعالة، ففي جواز أخذ الرهن والضمين فيه ثلاثة أوجه:

أحدها: لا يجوز أخذهما منه لأن العوض فيه غير لازم.

والثاني: يجوز أن يؤخذ فيه لأنه مفضٍ إلى اللزوم.

والثالث: أنه يجوز أن يؤخذ فيه الضمين، ولا يجوز أن يؤخذ فيه الرهن، لأن حكم الضمان أوسع من حكم الرهن كما يجوز ضمان الدرك، ولا يجوز أخذ الرهن فيه.

مسألة(٣):

قَالَ الشَّافِعِيُّ: «وَلَا يَجُوزُ السَّبْقُ إِلَّا مَعْلُوماً كَمَا لَا يَجُوزُ فِي الْبُيُوعِ».

---

(١) انظر الأم (٤/١٤٩).
(٢) انظر الأم (٤/١٤٩).
(٣) انظر الأم (٤/١٤٩).

قال في الحاوي: وهذا صحيح يريد بالسبق المال المخرج في العقد، فلا يصح معه العقد حتى يكون معلوماً من وجهين إما بالتعيين كاستباقهما على عين شاهد، وإما بالصفة كاستباقهما على مال في الذمة؛ لأنه من عقود المعاوضات كالبيع والإجارة، فإن تسابقا على ما ينفقان عليه أو على ما يحكم به زيد كان باطلاً للجهالة به عند العقد.

ولو تسابقا وتناضلا على مثل ما يسابق أو يناضل به زيد وعمرو، فإن كان ذلك بعد علمهما بقدره صح، وإن كان قبل علمهما بقدره بطل، ولو كان لأحدهما في ذمة الآخر قفيز من حنطة، فتناضلا عليه، فإن كان القفيز مستحقاً من سلم لم يصح لأن المعاوضة على السلم قبل قبضه لا تصح، وإن كان عن غصب صحّ؛ لأن المعاوضة عليه قبل قبضه تصح، وإن كان من قرض، فعلى وجهين من الوجهين في صحة المعاوضة عليه قبل قبضه ولو تناضلا على دينار إلا دانقاً صحّ، ولو تناضلا على دينار إلا درهماً لم يصح؛ لأن يكون بالاستثناء من جنسه معلوماً، وبالاستثناء من غير جنسه مجهولاً، ولو تناضلا على دينار معجل وقفيز حنطة مؤجل صحّ، لأنه على عوضين حال ومؤجل، ولو تناضلا على أن يأخذ الناضل ديناراً ويعطى درهماً لم يجز لأن الناضل من شرطه أن يأخذ ولا يعطي، ولا تناضلا على دينار بذله أحدهما فإن نضل دفعه، ولم يرم أبداً أو شهراً كان العقد فاسداً؛ لأنه قد شرط فيه الامتناع، وهو مندوب إليه، فبطل وإذا تناضلا وقد فسد العقد بما ذكرنا، فنضل أحدهما، فإن كان الناضل باذل المال، فلا شيء على المنضول، وإن كان الناضل غير الباذل ففي استحقاقه لأجرة مثله على الباذل وجهان على ما مضى.

مسألة(١):

قَالَ الشَّافِعِيُّ: «وَلَوْ اشْتَرَطَ أَنْ يُطْعِمَ أَصْحَابَهُ كَانَ فَاسِداً».

قال في الحاوي: قد ذكرنا أن مال السبق يملكه الناضل، ولا يلزمه أن يطعمه أصحابه، فإن شرط عليه في العقد أن يطعمه أصحابه، ولا يملكه كان الشرط فاسداً لأنه ينافي موجب العقد، وفي فساد العقد به وجهان:

أحدهما: وهو الظاهر مذهب الشافعي أن العقد يفسد بفساد الشرط كالبيع.

والثاني: وهو قول أبي إسحاق المروزي، وبه قال أبو حنيفة أن العقد صحيح لا يفسد بفساد هذا الشرط؛ لأن نفعه لا يعود على مشترطه وكان وجوده كعدمه.

مسألة(٢):

قَالَ الشَّافِعِيُّ: «وَقَدْ رَأَيْتُ مِنَ الرُّمَاةِ مَنْ يَقُولُ صَاحِبُ السَّبْقِ أَوْلَى أَنْ يَبْدَأَ وَالمُسْبِقُ لَهُمَا يُبْدِئُ أَيَّهُمَا شَاءَ وَلَا يَجُوزُ فِي القِيَاسِ عِنْدِي إِلَّا أَنْ يَتَشَارَطا».

قال في الحاوي: أما اشتراط الابتداء فهو معتبر في الرمي دون السبق لأنهما في

---

(١) انظر الأم (٤/ ١٥٠). (٢) انظر الأم (٤/ ١٥٠).

السبق يتساويان في الجري معاً لا يتقدم أحدهما على الآخر.

وأما الرمي فلا بد أن يبتدىء به أحدهما قبل الآخر ولا يرميان معاً لاختلاط رميهما ولما يخاف من تنافرهما، فإن شرطا في العقد البادىء منهما بالرمي كان أحقهما بالابتداء سواء كان المبتدىء مخرج المال أو غير مخرجه فإن أراد بعد استحقاقه التقدم أن يتأخر لم يمنع؛ لأن التقدم حق له، وليس يحق عليه وإن أغفل في العقد اشتراط البادىء بالرمي، ففي العقد قولان:

أحدهما: وهو اختيار الشافعي في هذا الموضع أن العقد باطل لأن للبداية تأثيراً في قوة النفس، وكثرة الإصابة، فصارت مقصودة، فبطل العقد بإغفالها.

والثاني: أن العقد صحيح، وإن غفلت فيه البداية. وقد حكاه الشافعي عن بعض فقهاء الرماة لأنه من توابع الرمي الذي يمكن تلافيه بما تزول التهمة فيه من الرجوع إلى عرف أو قرعه فعلى هذا إذا كان مخرج المال أحدهما كان هو البادىء بالرمي اعتباراً بالعرف وفيه وجه آخر أنه يقرع بينهما وإن كان باذل المال غيرهما كان لمخرج المال أن يقدر من شاء منهما اعتباراً بالعرف.

وفيه وجه آخر: أن يقرع بينهما، فإن كانا مخرجين للمال أقرع بينهما لتكافئهما، وهل يدخل المحلل قرعتهما أو يتأخر عنهما على وجهين:

أحدهما: يتأخر ولا يدخل في القرعة إذا قيل: إن مخرج المال يستحق التقدم.

والثاني: يدخل في القرعة ولا يتأخر إذا قيل: إن مخرج المال لا يتقدم إلا بالقرعة.

فصل:

قال الشافعي في الأم[1]: «وقد جرت عادة الرماة أن يكون الرامي الثاني يتقدم على الأول بخطوة أو خطوتين أو ثلاثة». وهذا معتبر بعرف الرماة وعادتهم، فإن كانت مختلفة فيه يفعلونه تارة، ويسقطونه أخرى سقط اعتباره ووجب التساوي فيه، وإن كانت عادتهم جارية لا يختلفون فيها، ففي لزوم اعتباره بينهما وجهان:

أحدهما: لا يعتبر لوجوب تكافئهما في العقد فلم يجز أن يتقدم أحدهما على الآخر بشيء؛ لأنه يصير مصيباً بتقدمه لا بحذقه.

والثاني: يعتبر ذلك فيهما لأن العرف في العقود كإطلاق الأيمان، فعلى هذا إن لم يختلف عرفهم في عدد الأقدام حملاً على العرف في عددها ليكون القرب بالأقدام في مقابلة قوة النفس بالتقدم.

وإن اختلف العرف في عدد الأقدام اعتبر أقل العرف دون أكثره فإن تقدم أحدهما

(١) انظر الأم (٤/ ١٥٠).

على الآخر بما لا يستحق فلم يحتسب له بصوابه، واحتسب عليه بخطئه.

مسألة:

قَالَ[١] الشَّافِعِيُّ: «وَأَيُّهُمَا بَدَأَ مِنْ وَجْهٍ بَدَأَ صَاحِبُهُ مِنَ الآخَرِ».

قال في الحاوي: عادة الرماة في الهدف مختلفة على وجهين، وكلاهما جائز. فمنهم من يرمي هدفين متقابلين، فيقف أحد الحزبين في هدف يرمي منه إلى الهدف الآخر، ويقف الحزب الآخر في الهدف المقابل، فيرمي منه إلى الهدف الآخر، وهذا أحبهما إلينا مع جوازهما ـ لقول النبي ﷺ: «بين الهدفين روضة من رياض الجنة» ولأنه أقطع للمتنافر، وأقل للتعب، فإن رميا إلى هدفين كان للمبتدىء بالرمي أن يقف في أي الهدفين شاء، ويرمي الآخر ويقف الثاني في الهدف الثاني، ويصير ذلك مستقراً بينهما إلى آخر رميهما، وليس لواحد منهما أن يدفع الآخر عن هدفه، وإن كان الهدف واحداً وقف المبتدىء في أي موضع شاء في مقابلته، ويقف الثاني حيث شاء من يمين الأول أو يساره، فإن لم يرض إلا أن يقف في موقف الأول، ففيه وجهان:

أحدها: له أن يقف في موقف ليساويه فيه.

والثاني: ليس له ذلك، لأن الأول إذا زال عن موقفه بشيء حسن صنيعه ـ والله أعلم ـ.

مسألة[٢]:

قَالَ الشَّافِعِيُّ: «وَيَرْمِي البَادِئُ بِسَهْمٍ ثُمَّ الآخَرُ بِسَهْمٍ حَتَّى يُنْفِذَا نَبْلَهُمَا».

قال في الحاوي: وهذا فيما يختص بالرمي دون السبق لاختصاص الرمي بالمبتدىء، فاختص بما يواليه من عدد ما يرمي؛ فإن شرطاه في العقد حملا فيه على موجب الشرط وكان الشرط أحق من العرف، فإن شرطا أن يرميا سهماً وسهماً، أو شرطا أن يرميا خمساً وخمساً، أو شرطا أن يواصل كل واحد منهما رمى جميع رشقه رمى كل واحد منهما عدد ما أوجب الشرط، فإن زاد عليه لم يحتسب به مصيباً ولا مخطئاً لخروجه عن موجب العقد، وإن أغفل ولم يشترط في العقد لم يبطل العقد بإغفاله لإحكامه التكافؤ فيه واعتبر فيهما عرف الرماة، لأنه يجري بعد الشرط مجرى الشرط، فإن كان عرف الرماة جارياً حدّ الثلاثة المجوزة في الشرط صار كالمستحق بالشرط، وإن لم يكن للرماة عرف لاختلافه بينهم رميا سهماً وسهماً، ولم يزد كل واحد منهما على سهم واحد حتى يستنفذا جميع الرشق، لأن قرب المعاودة إلى الرمي أحفظ لحسن الصنيع.

فإن رمى أحدهما أكثر من سهم، فإن كان قبل استقرار هذا الترتيب كان محتسباً به مصيباً ومخطئاً وإن كان بعد استقراره لم يحتسب به مصيباً ولا مخطئاً لأنه قبل الاستقرار

---

(١) انظر الأم (٤/ ١٥٠). (٢) انظر الأم (٤/ ١٥٠).

مجوز وبعد الاستقرار ممنوع.

مسألة[١]:

قَالَ الشَّافِعِيُّ: «وَإِذَا غَرِقَ أَحَدُهُمَا وَخَرَجَ السَّهْمُ مِنْ يَدَيْهِ فَلَمْ يَبْلُغِ الغَرَضَ كَانَ لَهُ أَنْ يَعُودَ بِهِ مِنْ قِبَلِ العَارِضِ».

قال في الحاوي: إما إغراق السهم: فهو أن يزيد في مدّ القوس لفضل قوته حتى يستغرق السهم، فيخرج من جانب الوتر المعهود إلى الجانب الآخر، فإن من أجناس القسي والسهام ما يكون مخرج السهم منها عن يمين الرامي جارياً على إبهامه، فيكون إغراقه أن يخرج السهم باستيفاء المدّ إلى يساره جارياً على سبابته.

ومنها ما يكون مخرجه بالضد على يساره الرامي جارياً على سبابته فيكون إغراقه أن يخرج على يمينه جارياً على إبهامه، فإذا أغرق السهم قال الشافعي: «لم يكن إغراقه من سوء الرمي، وإنما هو العارض فلا يحتسب عليه إن أخطأ به»، وهو عندي نظر؛ لأنه إذا لم يمد القوس بحسب الحاجة حتى زاد فيه، فأغرق أو نقص فقصر كان بسوء الرمي أشبه.

فإذا أخطأ بالسهم المغرق لم يحتسب عليه على مذهب الشافعي، وإن أصاب احتسب له، لأن الإصابة به مع الخلل أدل على حذق الرامي في الإصابة مع الاستقامة.

مسألة[٢]:

قَالَ الشَّافِعِيُّ: «وَكَذَلِكَ لَوْ انْقَطَعَ وَتَرُهُ أَوْ انْكَسَرَتْ قَوْسُهُ فَلَمْ يَبْلُغِ الغَرَضَ أَوْ عَرَضَ دُونَهُ دَابَّةٌ أَوْ إِنْسَانٌ فَأَصَابَهُ أَوْ عَرَضَ لَهُ فِي يَدَيْهِ مَا لَا يَمُرُّ السَّهْمُ مَعَهُ كَانَ لَهُ أَنْ يَعُودَ».

قال في الحاوي: وهذا كما قال، إذا انقطع وتره، أو انكسر قوسه، فقصر وقع السهم وأخطأ لم يحتسب عليه، لأنه لم يخطىء لسوء رميه، ولكن لنقص آلته، ولو أصاب به كان محسوباً من إصابته، لأنه أدل على حذقه، وهكذا لو عرض دون الهدف عارض من بهيمة أو إنسان وقع السهم فيه، ومنع من وصوله إلى الهدف لم يحتسب عليه، وأعيد السهم إليه، فإن خرق السهم الحائل ونفذ فيه حتى وصل إلى الهدف، فأصاب كان محسوباً من إصابته، لأنه بالإصابة مع هذا العارض أشد وأرمى ويسمى هذا السهم خارقاً وقد كان الكسعي في العرب رامياً، فخرج ذات ليلة، فرأى ظبياً فرماه فأنقذه وخرج السهم منه، فأصاب حجراً فقدح منه ناراً فرأى ضوء النار في ظلمة الليل فظن أنه أخطأ فقال: مثلي يخطىء؟ فكسر قوسه، وأخرج خنجره، وقطع إبهامه، فلما أصبح ورأى الظبي

---

(١) انظر الأم (٤/ ١٥٠).

(٢) انظر الأم (٤/ ١٥١).

صريعاً قد نفذ السهم فيه ندم فضربت به العرب مثلاً، فقال الشاعر[(١)]:

نَـدِمْـتُ نَـدَامَـةَ الـكُـسَـعِـيِّ لَـمَّـا رَأَتْ عَـيْـنَـاهُ مَـا عَـمِـلَـتْ يَـدَاهُ

وهكذا لو عرض للرامي علة في يده أو أخذته ريح في يديه ضعف بها عن مدّ قوسه لم يحتسب عليه إن قصر أو أخطأ لأنه لعارض منع وليس من سوء رمي وقلة حذق.

مسألة[(٢)]:

قَالَ الشَّافِعِيُّ: «فَأَمَّا إِنْ جَازَ السَّهْمُ أَوْ أَجَازَ مِنْ وَرَاءِ النَّاسِ فَهَذَا سُوءُ رَمْيٍ لَيْسَ بِعَارِضٍ غَلَبَ عَلَيْهِ فَلَا يُرَدُّ إِلَيْهِ».

قال في الحاوي: يقال: جاز السهم إذا مر في إحدى جانبي الهدف ويسمى «خاصر» وجمعه خواصر لأنه في أحد الجانبين مأخوذ من الخاصرة؛ لأنها في جانبي الإنسان ويقال: أجاز السهم إذا سقط وراء الهدف.

فإذا أجاز السهم، ووقع في جانب الهدف، أو جاز ووقع وراء الهدف كان محسوباً منه خطأه لأنه منسوب إلى سوء رميه، وليس بمنسوب إلى عارض في بدنه أو اليد.

وقال أبو علي بن أبي هريرة: الجائز أن يقع في الهدف عن أحد جانبي الشن فعلى هذا إن كانت الإصابة مشروطة في الشن كان الجائز مخطئاً وإن كانت مشروطة في الهدف كان الجائز مصيباً، ويجوز أن يشترطا أن تكون إصابة سهامها جائزة، فيحتسب بالجائز ولا يحتسب بغير الجائز.

ويقال: «سهم» طامح، وفيه تأويلان:

أحدهما: أن الطامح هو الذي قارب الإصابة، ولم يصب، ويكون مخطئاً.

والثاني: ذكره ابن أبي هريرة أنه الواقع بين الشن ورأس الهدف، فيكون مخطئاً إن شرط الإصابة في الشن، ومصيباً إن شرط في الهدف، ويجوز أن يشترط في الإصابة فلا يحتسب له مصيباً إلا بسهم طامح كالجائز.

ويقال: سهم «عاصد» وهو الواقع في أحد الجانبين، فيكون كالجائز في تأويل ابن أبي هريرة.

ويقال: سهم «طائش» وهو الذي يجاوز الهدف كالجائز إلا أن الجائز ما عرف مكان وقوعه، والطائش ما لم يعرف مكان وقوعه، والطائش محسوب عليه في الخطأ كالجائز.

ويقال: سهم «غائر» وهو المصيب الذي لا يعرف راميه، فلا يحتسب به لواحد من

---

(١) البيت من الوافر، وهو بلا نسبة في لسان العرب (٨/ ٣١١ ـ كسع)، كتاب العين (١/ ١٩٢)، تاج العروس (٢٢/ ١٢٦ ـ كسع).

(٢) انظر الأم (٤/ ١٥١).

الراميين للجهل به.

ويقال: سهم «خاطف» وهو المرتفع، في الهواء ثم يخطف نازلاً، فإن أخطأ به كان محسوباً عليه؛ لأنه من سواء رميه، وإن أصاب به، ففي الاحتساب به وجهان:

أحدهما: يحتسب به من إصابته لحصوله برميه.

والثاني: لا يحتسب به من الإصابة لأن تأثير الرمي في إيقاع السهم فأما سقوطه فلثقله، فصار مصيباً بغير فعله، فعلى هذا هل يحتسب من خطئه أم لا؟ على وجهين:

أحدها: يحتسب به من خطئه لأنه إذا لم يكن مصيباً كان مخطئاً.

والثاني: لا يحتسب به من الخطأ؛ لأن ما أخطأ، وأسوأ أحواله إن لم يكن مصيباً أن لا يكون مخطئاً.

والصحيح عند من ذلك: أن ينظر نزول السهم خطأ بعد ارتفاعه، فإن انحط فاتراً لحدة لا يقطع مسافة احتسب عليه خاطئاً، وإن نزل في بقية حدته جارياً في قطع مسافته احتسب له صائباً، لأن الرمي بالفتور منقطع وبالعدة مندفع.

مسألة(١):

قَالَ الشَّافِعِيُّ: «وَإِذَا كَانَ رَمْيُهُمَا مُبَادَرَةً فَبَلَغَ تِسْعَةَ عَشَرَ مِنْ عِشْرِينَ رَمى صَاحِبُهُ بالسَّهْمِ الَّذِي يُرَاسِلُهُ ثُمَّ رَمَى البَادِىءُ فَإِنْ أَصَابَ سَهْمُهُ ذَلِكَ فُلجَ عَلَيْهِ وَإِنْ لَمْ يَرْمِ الآخَرُ بالسَّهْمِ لأَنَّ المُبَادَرَةَ أَنْ يَفُوتَ أَحَدُهُمَا الآخَرَ وَلَيْسَ كَالمَحَاطَّة. قَالَ المُزَنِيُّ رَحِمَهُ اللَّهُ: هَذَا عِنْدِي لَا يَنْضِلُهُ حَتَّى يَرْمِي صَاحِبَهُ بِمِثْلِهِ».

قال في الحاوي: قد ذكرنا أن الرمي ضربان: محاطة، ومبادرة.

وقد مضت المحاطة، وهذه المبادرة، وصورتها: أن يتناضلا على إصابة عشرة من ثلاثين مبادرة، فيكون الرشق ثلاثين سهماً، والإصابة المشروطة منها عشرة أسهم، فأيهما يدر إلى إصابتها في أقل العددين فيه فضل، وسقط رمي الرشق وإن تكافآ في الإصابة من عدد متساوٍ سقط رمي الثاني وليس منهما فاضل.

وبيانه أن يصيب أحدهما عشرة من عشرين، ويصيب الآخر تسعة من عشرين، فيكون الأول ناضلاً، لأنه استكمل إصابة عشرة من عشرين، وقد رماها الثاني فنقص منها، ولا يرميان بقية الرشق لحصول النضل، فلو أصاب كل واحد منهما عشرة من عشرين لم يكن فيهما ناضل ولا منضول، وسقط رمي الباقي من الرشق، لأن زيادة الإصابة فيه مقيدة لنضل، ولو أصاب أحدهما خمسة من عشرين وأصاب الآخر تسعة من عشرين، فالنضال بحاله، لأن عدد الإصابة لم يستوف فيرميان من بقية الرشق ما يكمل به إصابة أحدهما عشرة، فإن رمى الأول سهماً فأصاب فقد فلج على الثاني، وفضل وسقط

---

(١) انظر الأم (٤/ ١٥١).

رمي الثاني، ولو رمى الأول خمسة، فأخطأ في جميعها ورمى الثاني خمسة فأصاب في جميعها صار الثاني ناضلاً وسقط رمي الثاني في الرشق لأن الأول أصاب تسعة من خمس وعشرين وأصاب الثاني عشرة من خمسة وعشرين ثم على هذه العبرة.

فأما مسألة الكتاب فصورتها أن يتناضلا عن إصابة عشرة من ثلاثين مبادرة فيصيب البادىء منهما تسعة من تسعة عشر، ويصيب الآخر المبدأ ثمانية من تسعة عشر، ثم رمى البادىء سهماً آخر يستكمل به العشرين فيصيب، فيصير به ناضلاً ويمنع الآخر المبدأ من رمي السهم الآخر الذي رماه الثاني؛ لأنه لا يستفيد به نضالاً ولا مساواة لأن الباقي له من العشرين سهم واحد وعليه إصابتان، ولو رمى فأصابه بقيت عليه إصابة يكون بها منضولاً، فلم يكن لرميه معنى يستحقه بالعقد فلذلك منع منه، ولو كان كل واحد منهما قد أصاب تسعة من تسعة عشر ثم رمى البادىء وأصاب كان للمبدأ أن يرمي لجواز أن يصيب فيكافىء. فأما المزني فظن أن الشافعي منع المبدأ أن يرمي بالسهم الباقي في هذه المسألة فتكلم عليه، وليس كما ظن، بل أراد منعه في المسألة المتقدمة للتعليل المذكور.

فصل:

فأما الجواب فهو نوع من أنواع الرمي، وهم فيه أبو حامد الإسفراييني، فجعله صفة من صفات السهم، وسماه حوابي بإثبات الباء فيه، وفسره بأنه السهم الواقع دون الهدف، ثم يحبو إليه حتى يتصل به مأخوذ من حبو الصبي، وهذا نوع من المرمى المزدلف يفترقان في الاسم المزدلف أحد والجابي أضعف، ويستويان في الحكم على ما سيأتي، والذي قاله سائر أصحابنا أن الحواب نوع من الرمي وأن أنواع الرمي ثلاثة: المحاطة ـ والمبادرة ـ والحواب.

وقد ذكرنا المحاطة والمبادرة.

فأما الحواب فهو أن يحتسب بالإصابة في الشن والهدف ويسقط الأقرب إلى الشن ما هو أبعد من الشن وإن أصاب أحدهما الهدف على شبر من الشن فاحتسب له ثم أصاب الآخر الهدف على فتر من الشن احتسب له وأسقط إصابة الشن لأنها أبعد، ولو أصاب أحدها خارج الشن واحتسب به، وأصاب الآخر في الشن احتسب به، وأسقط إصابة خارج الشن.

ولو أصاب أحدهما الشن فاحتسب به، وأصاب الآخر الدارة التي في الشن احتسب به وأسقط إصابة الشن، ولو أصاب أحدهما الدارة التي في الشن فاحتسب به وأصاب الآخر العظم الذي في دارة الشن احتسب وأسقط إصابة الدارة فيكون كل قريب مسقطاً لما هو أبعد منه، فهذا نوع من الرمي ذكره الشافعي في كتاب الأم[1] وذكر مذاهب الرماة فيه، وفرع عليه، ولم يذكره المزني، إما لاختصاره، وإما لأنه غير موافق لرأيه

(١) انظر الأم (٤/١٥١).

لضيفه وكثره حظره، لأنه يسقط الإصابة بعد إثباتها، والمذهب جوازه لأمرين:

أحدهما: أنه نوع معهود في الرمي، فأشبه المحاطة والمبادرة.

والثاني: أنه أبعث على معاطاة الحذق فصحّ.

وذلك في جواز النضال على إصابة الحواب، وكان عقدهما على إصابة خمسة من عشرين فلهما إذا تناضلا ثلاثة أحوال:

أحدها: أن يقصرا على عدد الإصابة.

والثاني: أن يستوفيا عدد الإصابة.

والثالث: أن يستوفيهما أحدهما، ويقصر عنها الآخر.

فأما الحال الأول: وهو أن يقصر كل واحد منهما عدد الإصابة فيصيب أقل من خمسة، فقد ارتفع حكم العقد بنقصان الإصابة من العدد المشروط من غير أن يكون فيها ناضل ولا منضول، ولا اعتبار بالقرب والبعد مع نقصان العدد.

وأما الحال الثانية: وهي أن يستوفيا معاً عدد الإصابة، فيصيب كل واحد منهما خمسة فصاعداً، فيعتبر حينئذٍ حال القرب والبعد، فإنهما لا يخلوان فيهما من أربعة أقسام:

أحدها: أن تكون الإصابات في الهدف، وقد تساوت في القرب من الشن، وليست بعضها بأقرب إليه من بعض، فقد تكافأ وليس فيهما ناضل ولا منضول، وهكذا لو تقدم لكل واحد منهما سهم كان أقرب إلى الشن من باقي سهامه، وتساوى السهمان المتقدمان في القرب من الشن كانا سواءلا ناضل فيهما ولا منضول، فإن تقدم لإحداهما سهم وللآخر سهمان وتساوت السهام الثلاثة في قربها من الشن ففيه وجهان:

أحدهما: أنه المتقرب بسهمين ناضل للمقترب، لفضله في العدد.

والثاني: أنهما سواء لا ناضل فيهما ولا منضول؛ لأن نضال الحواب موضوع على القرب دون زيادة العدد.

والقسم الثاني: أن تكون سهام أحدهما أقرب إلى الشن من سهام الآخر، فأقربهما إلى الشن هو الناضل، وأبعدهما من الشن هو المنضول. وهكذا لو تقدم لأحدهما سهم واحد، فكان أقرب إلى الشن من جميع سهام الآخر أسقطت به سهام صاحبه ولم يسقط به سهام نفسه، وكان هو الناضل بسهمه الأقرب.

والقسم الثالث: أن تكون سهام أحدهما في الهدف، وسهام الآخر في الشن، فيكون المصيب في الشن هو الناضل، والمصيب في الهدف منضول.

وهكذا لو كان لأحدهما سهم واحد في الشن وجميع سهام الآخر خارجة الشن كان المصيب في الشن هو الناضل بسهمه الواحد وقد أسقط به سهام صاحبه، ولم يسقط له سهام نفسه، وإن كانت أبعد إلى الشن من سهام صاحبه.

والقسم الرابع: أن تكون سهامهما جميعاً صائبة في الشن لكن سهام أحدهما أو بعضهما في الشن الدارة، وسهام الآخر خارج الدارة، وإن كانت جميعها في الشن ففيه وجهان:

أحدهما: وقد حكاه الشافعي عن بعض الرماة أن المصيب في الدارة ناضل، والمصيب خارج الدارة منضول؛ لأنه قطب الإصابة.

والثاني: وإليه أشار الشافعي في اختياره أنهما سواء، وليس منهما ناضل ولا منضول، لأن جميع الشن محل الإصابة.

وأما الحال الثالثة: وهو أن يستوفي أحدهما إصابة الخمس ويقصر الآخر عنهما، فهذا على ضربين:

أحدهما: أن يكون مستوفي الإصابة أقرب سهاماً إلى الشن أو مساوياً صاحبه، فيكون: ناضلاً، والمقصر منضولاً.

والثاني: أن يكون المقصر في الإصابة أقرب سهاماً من المستوفي لها، فليس فيها ناضل ولا منضول، لأن المستوفي قد سقطت سهامه لبعدها، والمقصر قد سقطت سهامه بنقصانها ـ والله أعلم ـ.

مسألة(١):

قَالَ الشَّافِعِيُّ رَحِمَهُ اللَّهُ: «وَإِذَا تَشَارَطَا الخَوَاسِقَ لَمْ يُحْسَبْ خَاسِقاً حَتَّى يَخْرِقَ الجِلْدَ بِنَصْلِهِ».

قال في الحاوي: قد ذكرنا أنواع الرمي من قارع، وخارق، وخاسق، وأنه يطلق على جميعها اسم الخواصل.

فالقارع ما أصاب الشن ولم يؤثر فيه، والخارق ما أثر فيه ولم يثبت، والخاسق ما ثقب الشن وثبت فيه.

ويحملان في الإصابة على ما شرطاها فإذا شرطا فيهما الخواسق، فإذا خرق الشن وثبت فيه كان خاسقاً محسوباً، وسواء طال ثبوته أو قصر لأن الاعتبار بوجود الثبوت لا بدوامه، وإن ثقب ولم يثبت فيه، فالمذهب المنصوص عليه أنه غير محسوب؛ لأن اسم الخسق، لا ينطق عليه لعدم صفته فيه، وخرج بعض أصحابنا فيه قولاً آخر: إنه محسوب له، لأن سقوطه بعد الثقب يحتمل أن يكون لضعف الشن أو لسعة الثقب، فاقتضى أن يكون محسوباً لوجود الثقب الذي هو ألزم الصفتين، وهذا ليس بصحيح، لأنه يصير الخاسق مساوياً للخارق واختلاف اسمهما يوجب اختلاف حكمهما.

مسألة(٢):

قَالَ الشَّافِعِيُّ: «وَلَوْ تَشَارَطَا المُصِيبَ فَمَنْ أَصَابَ الشَّنَّ وَلَمْ يَخْرِقْهُ حُسِبَ لَهُ لأَنَّهُ مُصِيبٌ».

---

(١) انظر الأم (٤/ ١٥٠).

(٢) انظر الأم (٤/ ١٥٠).

قال في الحاوي: وهذا كما قال إذا تشارطا الإصابة احتسب كل مصيب من قارع، وخازق، وخاسق، لأن جميعها تصيب، وهكذا لو تشارطا الإصابة قرعاً احتسب بالقارع وبالخازق وبالخاسق لأنه زيادة على القرع ولو تشارطا الخواصل احتسب بكل مصيب؛ لأن إصابة الخواصل تشتمل على كل مصيب من قارع، وخارق، وخاسق.

فأما الخواصل، فهو ما أصاب جانب الشن، فإن شرطاه في الرمي لم يحتسب الآن، وإن لم يشترطاه احتسب له مع كل مصيب في الشن إذا كانت الإصابة مشروطة في الشن.

فصل:

ولا يجوز أن يتناضلا على أن تكون إصابة أحدهما قرعاً، وإصابة الآخر خسقاً حتى يتكافأ في الإصابة قرعاً أو خسقاً؛ لأن المقصود بالعقد معرفة أحذقهما بالرمي، كما لا يجوز أن يتناضلا على أن تكون إصابة أحدهما خمسة من عشرين وإصابة الآخر عشرة من عشرين، لما فيه من التناضل الذي لايعلم به الأحذق.

فصل:

ولو تشارطا الإصابة قرعاً على أن يحتسب بخاسق كل واحد منهما قارعين ويعتد به إصابتين كان هذا جائزاً لتكافئهما فيه، لتكون زيادة الصفة مقابلاً لزيادة العدد فعلى هذا لو شرط إصابة عشرة من عشرين على هذا الحكم، فأصاب أحدهما تسعة قرعاً وأصاب الآخر قارعين، وأربعة خواسق، فقد نضل مع قلة إصابته، لأنه قد استكمل بمضاعفة الخواسق الأربعة مع القارعين إصابة عشرة نقص الآخر عنهما بإصابة واحد فصار بها منضولاً.

مسألة(١):

قَالَ الشَّافِعِيُّ: «وَإِذَا اشْتَرَطَا الخَوَاسِقَ وَالشَّنُّ مُلْصَقٌ بِالهَدَفِ فَأَصَابَ ثُمَّ رَجِعَ فَزَعَمَ الرَّامِي أَنَّهُ خَسَقَ ثُمَّ رَجِعَ لِغِلَظٍ لَقِيَهُ مِنْ حَصَاةٍ وَغَيْرِهَا وَزَعَمَ المُصَابُ عَلَيْهِ أَنَّهُ لَمْ يُخْسَقْ وَأَنَّهُ إِنَّمَا قَرَعَ ثُمَّ رَجِعَ فَالقَوْلُ قَوْلُهُ مَعَ يَمِينِهِ إِلَّا أَنْ تَقُومَ بَيِّنَةٌ فَيُؤْخَذُ بِهَا».

قال في الحاوي: اشتراط الخسق إنما يكون في إصابة الشن دون الهدف، وقد ذكرنا أن الشن هو جلد ينصب في الهدف تم أطرافه بأوتار أو خيوط تشد في أوتاد منصوبة في الهدف المبني، وربما كان ملصقاً بحائط الهدف أو ربما كان بعيداً منه بنحو من شر أو ذراع، وهو أبعد ما ينصب، وخسق الشن إذا كان بعيداً من الهدف أوضح منه إذا كان ملصقاً به.

---

(١) انظر الأم (٤/ ١٥٠).

فإذا رمى والشن ملصق بالهدف، فأصاب الشن ثم سقط بالإصابة خسق، فزعم الرامي أنها خسق ولقي غلطاً في الهدف من حصاة أو نواة، فرجع وهو خاسق وزعم المرمي عليه أنه قرع فسقط، ولم يخسق، فلهما ثلاثة أحوال:

أحدهما: أنه يعلم صدق الرامي في قوله، وذلك بأن يعرف موضع خسقه، ويرى الغلظ من ورائه، فيكون القول قوله مع يمين، لأن الحال شاهدة بصدقه.

والحال الثانية: أن يعلم صدق المرمي عليه في إنكاره إما بأن لا يرى في الشن خسقاً، وإما بأن لا يرى في الهدف غلظاً فالقول قوله، ولا يمين عليه؛ لأن الحال شاهدة بصدقه.

والحال الثالثة: أن يحتمل صدق المدعي وصدق المنكر؛ لأن في الشن خواسق وفي الهدف غلظ وقد أشكلت الإصابة هل كانت في مقابلة الغلظ أم لا؟ فإن كانت بينة حمل عليها، وإن عدمت البينة، فالقول قول المنكر مع يمينه، ولا يحتسب به مصيباً وفي الاحتساب به مخطئاً وجهان:

أحدهما: يحتسب به في الخطأ إذا لم يحتسب به في الإصابة لوقوف الرامي بين صواب وخطأ.

والثاني: لا يحتسب به في الإصابة، لأن الإصابة لا يحتسب بها إلا مع اليقين، وكذلك لا يحتسب بالخطأ إلا مع اليقين، فإن نكل المنكر عن اليمين أحلف الرامي المدعي، فإذا حلف احتسب بإصابته.

مسألة(١):

قَالَ الشَّافِعِيُّ: «وَإِنْ كَانَ الشَّنُّ بَالِياً فَأَصَابَ مَوْضِعَ الخَرْقِ فَغَابَ فِي الهَدَفِ فَهُوَ مُصِيبٌ».

قال في الحاوي: وهذا معتبر بالشن والهدف، ولهما ثلاثة أحوال:

أحدها: أن يكون الهدف أشد من الشن، لأنه مبني قد قوي واشتد، فإذا وصل السهم إليه من ثقب في الشن ثبت في الهدف الذي هو أقوى من الشن كان ثبوته في الشن الأضعف أجدر وهو الذي أراده الشافعي، فيحتسب به خاسقاً.

والحال الثانية: أن يكون الشن أقوى من الهدف وأشد، لأنه جلد متين، والهدف تراب ثائر أو طين لين، فلا يحتسب به مصيباً، ولا مخطئاً، أما الإصابة فلجواز أن لا يخسق الشن، وأما الخطأ فلعدم ما خسق مع بلى الشن.

والحالة الثالثة: أن يتساوى الشن والهدف في القوة والضعف، فلا يحتسب به مخطئاً. وفي الاحتساب به مصيباً وجهان:

---

(١) انظر الأم (٤/ ١٥١).

أحدهما: يحتسب من إصابة الخسق؛ لأن ثبوته في الهدف قائم مقام ثبوته في الشن عند تساويهما.

والثاني: لا يحتسب في إصابة الخسق، ويحتسب في إصابة القرع على الأحوال كلها.

مسألة[1]:

قَالَ الشَّافِعِيُّ: «وَإِنْ أَصَابَ طَرَفَ الشَّنِّ فَخَرَقَهُ فَفِيهَا قَوْلانِ: أَحَدُهُمَا أَنَّهُ لَا يُحْتَسَبُ لَهُ خَاسِقاً إِلَّا أَنْ يَكُونَ بَقِيَ عَلَيْهِ مِنَ الشَّنِّ طَعْنَةٌ أَوْ خَيْطٌ أَوْ جِلْدٌ أَوْ شَيْءٌ مِنَ الشَّنِّ يُحِيطُ بِالسَّهْمِ وَيُسَمَّى بِذَلِكَ خَاسِقاً وَقَلِيلُ ثُبُوتِهِ وَكَثِيرُهُ سَوَاءٌ. وَقَالَ: وَلَا يَعْرِفُ النَّاسُ إِذَا وُجِّهُوا بِأَنْ يُقَالَ خَاسِقٌ إِلَّا مَا أَحَاطَ بِهِ المَخْسُوقُ فِيهِ. وَيُقَالُ لِلآخَرِ خَارِمٌ لَا خَاسِقٌ وَالقَوْلُ الآخَرُ أَنْ يَكُونَ الخَاسِقُ قَدْ يَقَعُ بِالاسْمِ عَلَى مَا أَوْهَنَ الصَّحِيحَ فَخَرَقَهُ فَإِذَا خَرَقَ مِنْهُ شَيْئاً أَوْ كَثُرَ بِبَعْضِ النَّصْلِ سُمِّيَ خَاسِقاً لأَنَّ الخَسْقَ الثُّقْبُ وَهَذَا قَدْ ثُقِبَ وَإِنْ خَرَقَ. قَالَ: وَإِذَا وَقَعَ فِي خَرْقٍ وَثَبَتَ فِي الهَدَفِ كَانَ خَاسِقاً وَالشَّنُّ أَضْعَفُ مِنَ الهَدَفِ».

قال في الحاوي: إذا خرم السهم الشن في إصابة الخواسق، والخارم هو أن يقع في حاشية الشن فيخرمها ويثبت، فإن بقي من توابع الشن ما يحيط بدائر السهم من طفية أو خيط، والطفية خوص المقل يدار في حاشية الشن بالحجاز، فإن كانت الطفية باقية بخيط بدائر السهم الخارم كان خاسقاً، لأن الطفية فيه من جملته وإن لم يتبق مع الخرم شيء من حاشية الشن، وحصل ما خرج من دائر السهم مكشوفاً فلا يخلو موضع السهم من أحد أمرين:

أحدهما: أن يكون غير خارج عن دائر الشن وحاشيته، وإنما سقط حاشية الشن بضعفه، فهذا يحتسب به خاسقاً، وإن خرم، لأن خرمه لضعف الشن لا لموقع السهم.

والثاني: أن يكون خروجه لوقوع السهم في الحاشية، ويدخل بعض دائر السهم في الشن، ويخرج بعض دائره في الشن، ففي الاعتداد به خاسقاً قولان:

أحدهما: لا يعتد به خاسقاً لأمرين:

أحدهما: أن اختصاصه باسم الخرم قد زال عند حكم الخسق، لأن الخسق ما أحاط بالمخسوق، واختلاف الأسماء يغير الأحكام.

والثاني: أنه قد صار بعض السهم واقعاً في الشن، وبعضه خارجاً من الشن.

والثاني: أن يعتد به خاسقاً لأمرين:

أحدهما: أن الخرم زيادة على الخسق لأن كل خارم خاسق، وليس كل خاسق خارماً.

---

(١) انظر الأم (٤/ ١٥١).

والثاني: أن مقصود الخسق من الثقب، والثبوت موجود فيه، والأول أصح، فإن جعل خاسقاً كان مصيباً، وإن لم يجعل خاسقاً لم يكن مصيباً في الاحتساب به مخطئاً وجهان على ما ذكرنا.

مسألة(١):

قَالَ الشَّافِعِيُّ: «وَلَوْ كَانَ الشَّنُّ مَنْصُوباً فَمَرَقَ مِنْهُ كَانَ عِنْدِي خَاسِقاً وَمِنَ الرُّمَاةِ مَن لَا يَحْسَبُهُ إِذَا لَمْ يَثْبُتْ فِيهِ».

قال في الحاوي: أما السهم المارق، فهو أن ينفذ في الشن، وهو منصوب فوق الهدف ويخرج منه، فيقع وراء الهدف، فيحتسب له في الرقاع.

فأما في الخاسق ففي الاحتساب به قولان:

أحدهما: وهو منصوص الشافعي أنه لا يحتسب به خاسقاً اعتباراً بالمعنى، وأنه زائد على الخسق، فيؤخذ فيه معنى الخسق.

والثاني: حكاه الشافعي عن بعض الرماة أنه لا يحتسب به خاسقاً، اعتباراً بالاسم، لأنه يسمى مارقاً ولا يسمى خاسقاً، فمن أصحابنا من أثبت هذا القول للشافعي، ومنهم من نفاه عنه؛ لأنه أضافه إلى غيره، ولا يكون مخطئاً وإن لم يحتسب خاسقاً لا يختلف فيه أصحابنا وأما السهم المزدلف: فهو أن يقع على الأرض ثم يزدلف منها بحموته وحدّته، فيصير في الهدف ففي الاحتساب به مصيباً قولان:

أحدهما: يحتسب به مصيباً؛ لأنه بحدة الرمي أصاب.

والثاني: ليس بمصيب، لخروجه من الرامي إلى غير الهدف، وإنما أعادته الأرض حين ازدلف عنها في الهدف.

وقال أبو إسحاق المروزي: ومن أصحابنا من لم يخرج المزدلف على قولين، وحمله على اختلاف حالين باعتبار حاله عند ملاقاة الأرض، فإن ضعفت حموته بعد ازدلافه، ولانت كان محسوباً في الإصابة، وإن قويت، وصار بعد ازدلافه أحد لم يحتسب به مصيباً، ويجوز أن يتناضلا على مروق السهم، ولا يجوز أن يتناضلا على ازدلافه؛ لأن مروق السهم من فعل الرامي، وازدلافه من تأثير الأرض، فعلى هذا في الاحتساب به مخطئاً إذا لم يحتسب به مصيباً وجهان:

أحدهما: يكون مخطئاً؛ لأنه من سوء الرمي.

والثاني: لا يكون مخطئاً ما أصاب، ويسقط الاعتداد به مصيباً ومخطئاً، والله أعلم.

---

(١) انظر الأم (٤/١٥١).

مسألة(١):

قَالَ الشَّافِعِيُّ: «فَإِنْ أَصَابَ بِالقَدْحِ لَمْ يُحْسَبْ إِلَّا مَا أَصَابَ بِالنَّصْلِ».

قال في الحاوي: أما قدح السهم فهو خشبته المريشة، واختلف فيما يسمى به منها فقال بعضهم: هو اسم لجميع الخشبة.

وقال آخرون: هو اسم يختص بموضع الوتر منه، فيسمى فوق السهم، وهو الجزء الذي يدخل فيه الوتر.

وأما النصل فهو الطرف الآخر من السهم، واختلف فيما يسمى منه نصلاً، فقال بعضهم: هو اسم للحديد المسمى زجاً، ومنهم من قال: هو اسم لطرف الخشبة التي يوضع فيها الزج من الحديد، والإصابة إنما تكون بالنصل لا بالقدح.

فإذا أصاب بغير النصل لم يحتسب به مصيباً، ونظر فيما أصاب به من السهم، فإن أصاب بعرض السهم، احتسب به مخطئاً؛ لأنه منسوب إلى سوء رميه، وإن أصاب بقدح سهمه، ففي الاحتساب به مخطئاً وجهان تعليلاً بما قدمناه.

مسألة(٢):

قَالَ الشَّافِعِيُّ: «وَلَوْ أَرْسَلَهُ مُفَارِقاً لِلشَّنِّ فَهَبَّتْ رِيحٌ فَصَرَفَتْهُ أَوْ مُقْصَراً فَأَسْرَعَتْ بِهِ فَأَصَابَ حُسِبَ مُصِيباً وَلَا حُكْمِ للرِّيحِ».

قال في الحاوي: اعلم أن للريح تأثيراً من تغيير السهم عن جهته، وحذاق الرماة يعرفون مخرج السهم عن القوس هل هو مصيب أو مخطىء، فإذا خرج السهم، فغيرته الريح، فهو على ضربين:

أحدهما: أن يخرج مفارقاً للشن، فتعدل به الريح إلى الشن فيصيب أو يكون مقصراً عن الهدف، فتعينه الريح حق ينبعث، فيصيب، فتعتبر حال الريح، فإن كانت ضعيفة كان محسوباً في الإصابة؛ لأننا على يقين من تأثير الرمي، وفي شك من تأثير الريح، وإن كانت الريح قوية نظر، فإن كانت موجودة عند إرسال السهم كان محسوباً في الإصابة، لأنه قد اجتهد في التحرز من تأثير الريح بتحريف سهمه، فأصاب باجتهاده ورميه، وإن حدثت الريح بعد إرسال السهم، ففي الاحتساب به وجهان تخريجاً من اختلاف قوليه في الاحتساب بإصابة المزدلف:

أحدهما: يحتسب به مصيباً إذا احتسب إصابة المزدلف.

والثاني: لا يحتسب مصيباً، ولا مخطئاً إذا لم يحتسب بإصابة المزدلف.

والثالث: أن يخرج السهم موافقاً للهدف، فتعدل به الريح حتى يخرج عن الهدف فيعتبر حال الريح، فإن كانت طارئة بعد خروج السهم عن القوس ألغي السهم، ولم

---

(١) انظر الأم (٥/ ٣٩١).

(٢) انظر الأم (٤/ ١٥١).

يحتسب به في الخطأ؛ لأن التحرز من حدوث الريح غير ممكن، فلم ينسب إلى سوء الرمي، وإن كانت الريح موجودة عند خروج السهم نظر فيها، فإن كانت قوية لم يحتسب به في الخطأ؛ لأنه أخطأ في اجتهاده الذي يتحرز به من الريح، ولم يخطىء من سوء الرمي، وإن كانت الريح ضعيفة، ففي الاحتساب به من الخطأ وجهان:

أحدهما: يكون خطأ؛ لأننا على يقين من تأثير الرمي، وفي شك من تأثير الريح.

والثاني: لا يكون محسوباً في الخطأ؛ لأن الريح تفسد صنيع المحسن، وإن قلت كما تفسده إذا كثرت.

فصل:

ولو هبت الريح فأزالت الشن عن موضعه إلى غيره لم يخل حال السهم بعد زوال الشن عن موضعه من ثلاثة أحوال:

أحدها: أن يقع في غير الشن وفي غير موضعه الذي كان فيه، فيحتسب به مخطئاً؛ لأنه وقع في غير محل الإصابة قبل الريح وبعدها.

والحال الثانية: أن يقع في الموضع الذي كان فيه الشن في الهدف، فيحتسب مصيباً لوقوعه في محل الإصابة.

والحال الثالثة: أن يقع في الشن بعد زواله عن موضعه، فهذا على ضربين:

أحدهما: أن يزول الشن عن موضعه بعد خروج السهم، فيحتسب به في الخطأ لوقوعه في غير محل الإصابة عند خروج السهم.

والثاني: أن يخرج السهم بعد زوال الشن عن موضعه، وعلم الرامي بزواله، فينظر في الموضع الذي صار فيه، فإن كان خارجاً من الهدف لم يحتسب به مصيباً ولا مخطئاً لخروجه عن محل الصواب والخطأ، وإن كان مماثلاً لموضعه من الهدف احتسب به مصيباً؛ لأنه قدر صار محلاً للإصابة.

مسألة(١):

قَالَ الشَّافِعِيُّ: «وَلَوْ كَانَ دُونَ الشَّنِّ شَيْءٌ فَهَتَكَهُ السَّهْمُ ثُمَّ مَرَّ بِحَمْوَتِهِ حَتَّى يُصِيبَ كَانَ مُصِيباً وَلَوْ أَصَابَ الشَّنَّ ثُمَّ سَقَطَ بَعْدَ ثُبُوتِهِ حُسِبَ وَهَذَا كَنَزْعِ إِنْسَان إِيَّاهُ».

قال في الحاوي: قد ذكرنا أنه إذا اعترض بين السهم والهدف حائل من بهيمة أو إنسان، فإن امتنع به السهم من الوصول إلى الهدف لم يحتسب في صواب ولا خطأ، وإن نفذ في الحائل حتى مرق منه، وأصاب الهدف كان مصيباً، ولو نقض الحائل السهم حتى عدل بالنقض إلى الهدف لم يحتسب به مصيباً ولا مخطئاً؛ لأنه بالنقض أصاب لا بالرمي كمن رمى الجمرة بحصاة فوقعت على إنسان، فنقضها حتى وقعت في الجمرة لم يحتسب

(١) انظر الأم (٤/ ١٥١).

بها، ولو أصاب السهم الحائل ثم اندفع بحموته، فأصاب فهذا مزدلف، وفي الاحتساب به في الإصابة قولان.

مسألة[(١)]:

قَالَ الشَّافِعِيُّ: «وَلَا بَأْسَ أَنْ يُنَاضِلَ أَهْلُ النُّشَّابِ أَهْلَ العَرَبِيَّةِ وَأَهْلَ الحُسْبَانِ لأَنَّ كُلَّهَا نَصْلٌ وَكَذَلِكَ القِسِيُّ الدُّودَانِيَّةُ وَالهِنْدِيَّةُ وَكُلُّ قَوْسٍ يُرْمَى عَنْهَا بِسَهْمٍ ذِي نَصْلٍ».

قال في الحاوي: أنواع القسي تختلف باختلاف أنواع الناس، فللعرب قسي وسهام، وللعجم قسي وسهام، وقيل: إن أول من صنع القسي العربية إبراهيم الخليل صلوات الله عليه وأول من صنع القسي الفارسية النمروذ بن كنعان، وكان النبي ﷺ يحب القوس العربية، ويأمر بها، ويكره القوس الفارسية، وينهى عنها، ورأى رجلاً يحمل قوساً فارسية فقال: «ملعون حاملها، عليكم بالقسي العربية وسهامها فإنه سيفتح عليكم بها» وليس هذا منه محمولاً على الحظر المانع، وفي تأويله ثلاثة أوجه:

أحدها: ليحفظ به آثار العرب، ولا يعدل الناس عنها رغبة في غيره فعلى هذا يكون الندب إلى تفضيل القوس العربية باقياً.

والثاني: أنه أمر بها لتكون شعار المسلمين حتى لا يتشبهوا بأهل الحرب من المشركين فيقتلوا، فعلى هذا يكون الندب إلى تفضيلها مرتفعاً؛ لأنها قد فشت في عامة المسلمين.

والثالث: ما قاله عطاء أنه لعن من قاتل المسلمين بها، فعلى هذا لا يكون ذلك ندباً إلى تفضيل العربية عليها، ويكون نهياً عن قتال المسلمين بها وبغيرها، وخصها باللعن، لأنها كانت أنكأ في المسلمين من غيرها، وقد رضي عنها الصحابة والتابعون في قتال المشركين، وإن كان الاقتداء برسول الله ﷺ في قوسه لمن قوي رميه عنها أحب إلينا، فإن كان بالفارسية أرمى كانت به أولى، ويكون الندب منها إلى ما هو به أرمي، فإذا تقررت هذه الجملة لم يخل حال المتناضلين في عقد نضالها من خمسة أحوال:

أحدهما: أن يشترطا فيه الرمي عن القوس العربية، فعليهما أن يتناضلا بالعربية وليس لواحد منهما أن يعدل عنها إلى الفارسية؛ لأجل الشرط، فإن تراضيا معاً على العدول عن العربية إلى الفارسية جاز، لأن موجب الشرط أن يلتزمه كل واحد منهما في حق صاحبه دون غيره.

والحال الثانية: أن يشترطا فيه الرمي عن القوس الفارسية، فعليهما أن يتناضلا بالفارسية وليس لواحد منهما أن يعدل عنها إلى العربية، فإن تراضيا معاً بالعدول إليها جاز.

---

(١) انظر الأم (٤/ ١٥٢).

والحال الثالثة: أن يشترطا أن يرمي أحدهما عن القوس العربية، ويرمي الآخر عن القوس الفارسية، فهذا جائز، وإن اختلفت قوساهما؛ لأن مقصود الرمي حذق الرامي والآلة تبع ومثله في السبق إذا شرط أحدهما أن يتسابق على فرس، والآخر على بغل لا يجوز، وإن سوى أبو إسحاق المروزي بينهما في الجواز؛ لأن المقصود في السبق المركوبان والراكبان تبع، فلزم التساوي فيه، ولم يلزم التساوي في آلة الرمي، فعلى هذا ليس لواحد منهما أن يعدل عن الشرط في قوسه وإن ساوى فيهما صاحبه لأجل شرطه، فإن راضاه عليها جاز.

والحال الرابعة: أن يشترطا أن يرمي كل واحد منهما عما شاء من قوس عربية أو فارسية فيجوز لكل واحد منهما أن يرمي عن أي القوسين شاء قبل الشروع في الرمي وبعده، فإن أراد أحدهما منع صاحبه من خياره، لم يجز سواء تماثلا فيها أو اختلفا.

والحال الخامسة: أن يطلقا العقد من غير شرط، فإن كان للرماة عرف في أحد القوسين حمل عليه، وجرى في العرف في العقد المطلق مجرى الشرط في العقد المقيد، وإن لم يكن للرماة فيه عرف معهود فهما بالخيار فيما اتفقا عليه من أحد القوسين إذا كانا فيها متساويين؛ لأن مطلق العقد يوجب التكافؤ وإن اختلفا لم يقرع بينهما؛ لأنه أصل في العقد، وقيل لهما: إن اتفقتما وإلا فسخ العقد بينكما.

فأما القوس «الدودانية» فهي القوس التي لها مجرى يمر السهم فيه، ومنها قوس الرجل، وإن كان أغلبها قوس اليد، فيجوز أن يناضل بعضهم بعضاً إذا اتفقوا ولا يجوز أن يتناضل الرجلان أحدهما قائم، والآخر جالس إلا عن تراضٍ، فيلزم تساويهما في القيام والجلوس، فإن اختلفا اعتبر فيه الأغلب من عرف الرماة، ولا يجوز أن يناضل أهل الشاب أصحاب الجلاهق؛ لاختلاف الصفة فيها، وأنه ليس الحذف بأحدهما حذفاً بالآخر.

مسألة[1]:

قَالَ الشَّافِعِيُّ: «وَلَا يَجُوزُ أَنْ يَنْتَضِلَ رَجُلَانِ وَفِي يَدَيْ أَحَدِهِمَا مِنَ النَّبْلِ أَكْثَرُ مِمَّا فِي يَدَيِ الآخَرِ».

قال في الحاوي: اختلف أصحابنا في تأويل هذه المسألة على ثلاثة أوجه:

أحدها: يريد أنه لا يجوز أن يتناضلا على أن يصيب أحدهما عشرة من عشرين، ويصيب الآخر عشرة من ثلاثين، فيكون رشق أحدهما أكثر من رشق الآخر، ويكون معنى قوله: «في يد أحدهما» أي في حق أحدهما، وإنما لم يجز التفاضل في عدد الرشق الذي يجب فيه التماثل؛ لأنه إن نضل، فللكثرة رميه لا بحسب صنعه.

---

(١) انظر الأم (٤/ ١٥٢).

والثاني: لا يتناضلا على أن يصيب أحدهما خمسة من عشرين، ويصيب الآخر عشرة من عشرين، فلا يجوز لما ذكرنا من التعليل بالتفاضل فيما يوجب التماثل وأنه إن نضله فلقلة إصابته لا بحسن صنيعه.

والثالث: أن من عادة حذاق الرماة إذا رموا أن يأخذوا في اليد اليمين بين الخنصر والسبابة سهماً أو سهمين معداً للرمي، فأراد الشافعي بهذا أن لا يجوز أن يتناضلا على أن يكون في يد أحدهما إذا رمى سهم واحد وفي يد الآخر سهمان؛ لأن كثرة السهام في اليد مؤثر في قلة الإصابة؛ لأنه إن نضل فلقلة المانع من إصابته لا بحسن صنيعه، ويكون المراد باليد الكف ذات الأصابع.

مسألة(1):

قَالَ الشَّافِعِيُّ: «وَلَا عَلَى أَنْ يَحْسَبَ خَاسِقُهُ خَاسِقَيْنِ وَالآخَرُ خَاسِقٌ».

قال في الحاوي: وهذا صحيح؛ لأن عقد النضال يوجب التساوي، فإذا وقع فيه التفاضل بأن يكون خاسق أحدهما خاسقين، وخاسق الآخر خاسقاً واحداً بطل به العقد لدخول التفاضل فيه، وأنه نضل فلمضاعفة خواسقه لا بحسن صنيعه. ولو شرطا في القرع أن يكون خاسق كل واحد منهما قارعين جاز؛ لأنهما قد تساويا في مضاعفة خواسقهما.

مسألة(2):

قَالَ الشَّافِعِيُّ: «وَلَا عَلَى أَنَّ لأَحَدِهِمَا ثَابِتاً لَمْ يَرْمِ بِهِ وَيُحْسَبُ لَهُ مَعَ خَوَاسِقِهِ وَلَا عَلَى أَنْ يَطْرَحَ مِنْ خَوَاسِقِهِ خَاسِقاً وَلَا عَلَى أَنَّ خَاسِقَ أَحَدِهِمَا خَاسِقَانِ».

قال في الحاوي: وهذا كما قال؛لأن من احتسب له بخاسق لم يصبه يصير مفضلاً به على صاحبه؛ فإن نضل، فلتفضيله لا بحسن صنيعه، ومن أسقط له خاسق قد أصابه يصير به مفضولاً إن نضل فلحط إصابته لا لسوء صنيعه، فيكون العقد باطلاً على الأمرين؛ لعدم التساوي بين المتفاضلين.

مسألة(3):

قَالَ الشَّافِعِيُّ: «وَلَا أَنَّ أَحَدَهُمَا يَرْمِي مِنْ عُرْضٍ وَالآخَرُ من أَقْرَبَ مِنْهُ إِلَّا فِي عُرْضٍ وَاحِدٍ وَعَدَدٍ وَاحِدٍ».

قال في الحاوي: وهذا كما قال؛ لأن موجب العقد يقتضي التساوي فيه، فإن وقع التفاضل فيه أفسده.

ومن التفاضل اختلاف الهدف في القرب والبعد، فيشترطا أن يرمي أحدهما من مائتي ذراع، ويرمي الآخر من أقل منهما، أو أكثر لم يجز للتفاضل، ولكن لو كانت قوس

---

(1) انظر الأم (٤/ ١٥٢).
(2) انظر الأم (٤/ ١٥٢).
(3) انظر الأم (٤/ ١٥٢).

أحدهما عربية يصيب من مائة ذراع، وقوس الآخر فارسية يصيب من مائتي ذراع فشرطا هذا التفاضل لاختلاف القوسين، لم يخل حالهما من أمرين:

أحدهما: أن يشترطا الخيار في كل واحد من القوسين فيجوز هذا التفاضل؛ لأن لكل واحد منهما أن يساوي صاحبه فيه إذا عدل إلى قوسه.

والثاني: أن يشترطا أحدهما بالعربية؛ ولا تعدل عنها، ويرمي الآخر بالفارسية، ولا يعدل عنها، فيمنع هذا التفاضل من جواز التناضل؛ لأنه لا يقدر كل واحد منهما أن يساوي صاحبه فيه.

ومن التفاضل المانع أن يكون ارتفاع الشن في رمي أحدهما ذراعاً، وارتفاعه في رمي الآخر باعاً، فلا يصح العقد.

ومن التفاضل المانع أن تكون إصابة أحدهما في الشن وإصابة الآخر في الدارة التي في الشن، فلا يصح العقد فإن كان ذلك لاختلاف القوسين، فعلى ما قدمناه من خيارهما في الأمرين.

مسألة[1]:

قَالَ الشَّافِعِيُّ: «وَلَا عَلَى أَنْ يَرْمِي بِقَوْسٍ أَوْ نَبْلٍ بِأَعْيَانِهَا إِنْ تَغَيَّرَتْ لَمْ يُبْدِلْهَا».

قال في الحاوي: قد مضى فرق ما بين السبق والرمي بأن المقصود فراهة القوسين من السبق، والمقصود من الرمي حذق الراميين، فصار الفرس في السبق أصلاً، والراكب تبعاً، فلزم تعيين الفرس، ولم يلزم تعيين الراكب، وصار الرامي في النضال أصلاً والقوس تبعاً، فلزم تعيين الرامي لم يلزم تعيين القوس، فإن أسقط تعيين ما يلزم تعيينه من القوس في السبق والرامي في النضال بطل العقد، وإن عين ما لم يلزم تعيينه من الراكب في السبق أن لا يركب غيره، والقوس في النضال أن لا يرمي عن غيرها، لم يتعين اعتباراً بحكم أصله، ونظر في التعيين، فإن خرج مخرج الشرط الذي حمل عليه العقد، فقال: على أن لا يركب إلا هذا الفارس، وعلى أن لا يرمي إلا عن هذه القوس بطل العقد في السبق والنضال؛ لأنه صار معقوداً على شرط غير لازم، وإن خرج مخرج المذكور في العقد، فقال: ويركب هذا الفارس، ويرمي عن هذه القوس كان العقد في السبق والنضال جائزاً وله أن يبدل الراكب بغيره إذا كان في مثله ثقله لعلة ولغير علة، ويبدل القوس بغيرها إذا كانت من جنسها لعلة ولغير علة.

مسألة[2]:

قَالَ الشَّافِعِيُّ: «وَمِنَ الرُّمَاةِ مَنْ زَعَمَ أَنَّهُمَا إِذَا سَمَّيَا قَرْعاً يَسْتَبِقَانِ إِلَيْهِ فَصَارَا عَلَى السَّوَاءِ أَوْ بَيْنَهُمَا زِيَادَةَ سَهْمٍ كَانَ لِلْمُسْبَقِ أَنْ يَزِيدَ فِي عَدَدِ الْقَرْعِ مَا شَاءَ وَمِنْهُمْ مَنْ زَعَمَ

---

(١) انظر الأم (٤/ ١٥٢).

(٢) انظر الأم (٤/ ١٥٢).

أَنَّهُ لَيْسَ لَهُ أَنْ يَزِيدَ فِي عَدَدِ القَرْعِ مَا لَمْ يَكُونَا سَوَاءً وَمِنْهُمْ مَنْ زَعَمَ أَنَّهُ لَيْسَ لَهُ أَنْ يَزِيدَ بِغَيْرِ رِضَا المُسْبَقِ. قَالَ المُزَنِيُّ[1] رَحِمَهُ اللَّهُ: وَهَذَا أَشْبَهُ بِقَوْلِهِ كَمَا لَمْ يَكُنْ سَبَقُهُمَا فِي الخَيْلِ وَلَا فِي الرَّمْيِ وَلَا فِي الابْتِدَاءِ إِلَّا بِاجْتِمَاعِهِمَا عَلَى غَايَةٍ وَاحِدَةٍ فَكَذَلِكَ فِي القِيَاسِ لَا يَجُوزُ لأَحَدِهِمَا أَنْ يَزِيد إِلَّا بِاجْتِمَاعِهِمَا عَلَى زِيَادَةٍ وَاحِدٍ وَبِاللَّهِ التَّوْفِيقُ».

قال في الحاوي: قد ذكرنا في لزوم عقد السبق والرمي قولين:

أحدهما: أنه لازم كالإجارة.

والثاني: أنه جائز وليس بلازم، كالجعالة، ويترتب عليها مسألتان:

أحدهما: في فسخ العقد، فإن اجتمعا عليه صح، وهل الفسخ إقالة مراضاة أو فسخ خيار على القولين:

أحدهما: يكون إقالة مراضاة إن قيل بلزومه كالإقالة في البيع والإجارة.

والثاني: فسخ خيار إن قيل بجوازه كالفسخ في القراض والجعالة.

وإن انفرد بأحدهما بالفسخ، فإن قيل بلزومه كالإجارة لم يكن له التفرد بالفسخ، وإن قيل بجوازه كالجعالة، فإن كانا قبل الشروع، في العمل جاز له الفسخ، وإن كان بعده وقبل الغلبة، فإن كانا متساويين ومتقاربين لاستوائهما في الإصابة أو فضل أحدهما على الآخر بسهم كان لكل واحد منهما أن ينفرد بالفسخ، وهو فسخ خيار وليس بإقالة وإن تفاضلا في الإصابة، وظهرت على أحدهما للآخر قبل تمامهما، فإن فسخ من ظهر أنه غالب جاز، وإن فسخ من ظهر أنه مغلوب، ففي جوازه قولان:

أحدهما: يجوز لاستوائهما في خيار العقد.

والثاني: لا يجوز لئلا يضاع على الغالب ما يلوح من وجوب حقه.

وأما المسألة الثانية في زيادة الشرط، وهو أن يعقداه على إصابة عشرة من عشرين، فيجعل إصابة خمسة من عشرين أو يجعل إصابة عشرة من ثلاثين أو يعقداه على أن العوض فيه دينار، فيجعل أقل أو أكثر، فإن قيل بلزومه كالإجارة ولم يصح ذلك من أحدهما حتى يجتمعا على فسخ العقد، واستئناف عقد مستجد.

وإن قيل بجوازه كالجعالة جاز أن ينفرد به أحدهما، لكن لا يصير الآخذ داخلاً فيه إلا أن يستأنف الرضا به، وقيل له: إن شئت أن تراميه على هذا، وإلا ملك خيارك.

فأما ما حكاه الشافعي عن الرماة من مذاهبهم، فقد اختلف أصحابنا فيما أراد به على وجهين:

أحدهما: أراد أن ما ذهب إليه من لزومه وجوازه وزيادته، ونقصانه، قد قاله غيره وتقدمه به.

---

(١) انظر الأم (٥/ ٢٢١).

والثاني: أنه أراد أن يبين أصح مذاهبهم عنده؛ ليعلم صحيحها وفاسدها. وفي قول الشافعي: إذا سميا قرعاً يستبقان إليه ثلاثة تأويلات:

أحدها: أنه أراد بالقرع صحة الإصابة.

والثاني: أنه أراد به عدد الإصابة.

والثالث: أنه أراد به مال النضال.

وأما المزني: فإنه قال: كما لم يكن سباقهم في الخيل، ولا في الرمي في الابتداء إلا باجتماعهما على غاية واحدة، كذلك في القياس لا يجوز لأحدهما أن يزيد إلا باجتماعهما على زيادة واحدة فقد اختلف أصحابنا في مراد المزني بكلامه على وجهين:

أحدهما: أنه أراد اختيار أحد القولين في لزوم العقد دون جوازه فعلى هذا يكون مصيباً في اختياره، مخطئاً في تعليله؛ لأن أظهر القولين لزومه، فصح اختياره، وعلل بأن ما لم ينعقد إلا باجتماع، لم ينفسخ إلا بالاجتماع وهذا تعليل فاسد، بالعقود الجائزة كلها من المضاربة والوكالة والجعالة لا تنعقد إلا باجتماعهما ويجوز أن ينفرد بالفسخ أحدهما.

والثاني: أنه أراد به إذا دعا أحدهما في المسألة الثانية إلى زيادة أو نقصان أنه لا يلزم صاحبه إلا باجتماعهما عليه، وهو موافق لقول الشافعي، فعلى هذا يكون مخطئاً في تأويله، مصيباً في تعليله؛ لأن الشافعي لم يوجب على كل واحد منهما إلا ما اجتمعا على الرضا به في القولين معاً.

مسألة(1):

قَالَ الشَّافِعِيُّ: «وَلَا يَجُوزُ أَنْ يَقُولَ أَحَدُهُمَا لِصَاحِبِهِ إِنْ أَصَبْتَ بِهَذَا السَّهْمِ فَقَدْ نَضَلْتُكَ إِلَّا أَنْ يُجْعَلَ رَجُلٌ لَهُ سَبْقاً إِنْ أَصَابَ بِهِ».

قال في الحاوي: وصورتها في عقد بين متناضلين على إصابة معلومة من رشق معلوم، كاشتراطهما إصابة عشرة من عشرين فيشرعان في الرمي، ويصيب كل واحد منهما بعقد إصابته على تساوٍ أو تفاضلٍ من قليل أو كثير، ثم يستثقلان إتمام الرمي، فيقول أحدهما لصاحبه هوذا أرمي بهذا السهم فإن أصبت به، فقد نضلتك وإن أخطأت به، فقد تضلتني فهذا باطل، لا يصير به ناضلاً إن أصاب، ولا منضولاً إن أخطأت.

ولبطلانه علتان:

إحداهما: أنه جعل الإصابة الواحدة قائمة مقام إصابات، فبطل وهذا قول ابن أبي هريرة.

---

(1) انظر الأم (٤/ ١٥٢).

والثانية: أن يؤول إلى أن يصير من قلة إصابته ناضلاً ومن كثرة إصابته منضولاً، فإن تقاسما عقدهما، ثم قال أحدهما لصاحبه أو لغيره: ارم بسهمك هذا، فإن أصبت به، فلك درهم، جاز واستحق الدرهم، إن أصاب، ولجوازه علتان: إحداهما أنه قد أجابه إلى ما سأل، فالتزم له ما بذل، وهذا قول ابن أبي هريرة:

والثاني: أنه تحريض في طاعة فلزم البذل عليها كالمناضلة.

قال أبو إسحاق المروزي: وهذا بذل مال على عمل، وليس بنضال؛ لأن النضال لا يكون إلا بين اثنين، فأكثر.

فصل:

فإذا تناضل رجلان على إصابة عشرة من عشرين بعشرة دراهم فحضر ثالث فقال المخرج المال: أنا شريكك في الغنم والغرم، فإن نضلت فلي نصف العشرة وإن نضلك فعلى نصف العشرة كان باطلاً، وهكذا لو قال لكل واحد منهما: أنا شريكك في الغنم والغرم فهو باطل لعلتين:

إحداهما: أنه لم يدخل في عقدهما، فلم يجز أن يصير شريكاً لهما.

والثاني: أنه يصير آخذاً بغير عمل ومعطياً من غير بذل.

مسألة(١):

قَالَ الشَّافِعِيُّ: «وَإِنْ قَالَ: ارْمِ عَشَرَةَ أَرْشَاقٍ فَإِنْ كَانَ صَوَابُكَ أَكْثَرَ فَلَكَ كَذَا لَمْ يَجُزْ أَنْ يُنَاضِلَ نَفْسَهُ».

قال في الحاوي: اختلف أصحابنا في صورة هذه المسألة على وجهين:

أحدهما: أن المزني حذف منها ما قد ذكره الشافعي في كتاب «الأم» فقال فيه: ولو قال له: ناضل نفسك، وارم عشرة أرشاق، فإن كان صوابك أكثر من خطئك فلك كذا لم يجز أن يناضل نفسه، فحذف المزني قوله: «ناضل نفسك»وأورد باقي كلامه وحكمه على هذه الصورة باطل باتفاق أصحابنا.

واختلفوا في تعليله، فقال أبو إسحاق المروزي: وهو الظاهر من تعليل الشافعي أنه جعله مناضلاً لنفسه، والنضال لا يكون إلا بين اثنين، فإن كثر، فاستحال نضال نفسه فبطل.

وقال آخرون: بل علة بطلانه أنه فاضل على خطئه بصوابه بقوله: إن كان صوابك أكثر من خطئك، والخطأة لا يناضل عليه، ولا به.

والثاني: أن المسألة مصورة على ما أورده المزني ها هنا، ولم يذكر فيه نضال نفسه، وقال له: ارم عشرة أرشاق، فعلى هذا يكون في صحته وجهان من اختلاف العلتين:

---

(١) انظر الأم (٤/ ١٥٢).

أحدهما: أنه صحيح، ويستحق ما جعل له التعليل الأول؛ لأنه بذل مال على عمل لم يناضل فيه نفسه.

والثاني: أنه باطل للتعليل الثاني أنه مناضل على خطئه وصوابه، ويتفرع على هاتين المسألتين ثالثة.

واختلف فيها أصحابنا بأيهما تلحق على وجهين، وهو أن يقول: ناضل وارم عشرة أرشاق فإن كان صوابك أكثر، فلك كذا فتوافق المسألة الأولى في قوله: ناضل وتوافق المسألة الثانية في حذف قوله: ناضل نفسك، وأحد الوجهين وهو قول أبي إسحاق المروزي إنهما في حكم المسألة الأولى في البطلان؛ لأجل قوله: ناضل والنضال لا يكون إلا بين اثنين فصار كقوله: ناضل نفسك.

والوجه الثاني: أنها في حكم المسألة الثانية في حمل صحتها على وجهين من اختلاف العلتين إذا سقط قوله: ناضل نفسك صار قوله: ناضل، يعني: ارم على نضال، والنضال المال، فصار كالابتداء بقوله: ارم عشرة أرشاق.

مسألة(١):

قَالَ الشَّافِعِيُّ: «وَإِذَا رَمَى بِسَهْمٍ فَانْكَسَرَ فَإِنْ أَصَابَ بِالنَّصْلِ كَانَ لَهُ خَاسِقاً وَإِنْ أَصَابَ بِالقَدْحِ لَمْ يَكُنْ خَاسِقاً وَلَوْ انْقَطَعَ بِاثْنَيْنِ فَأَصَابَ بِهِمَا جَمِيعاً حُسِبَ الَّذِي فِيهِ النَّصْلُ».

قال في الحاوي: وهذا صحيح وقد تقدم معناه، فإذا انكسر السهم بعد خروجه عن القوس، فله خمسة أحوال:

أحدها: أن يسقط عادلاً عن الهدف، فلا يحتسب عليه في الخطأ؛ لأنه من فساد السهم، لا من سوء الرمي.

والحال الثانية: أن يصيب بعرض السهم، فيرد عليه، ولا يحتسب به مصيباً ولا مخطئاً؛ لأنه أصاب بغير محل الإصابة.

والحال الثالثة: أن يصيب بكسر القدح دون النصل، فيرد، ولا يحتسب؛ لما ذكرناه.

والحال الرابعة: أن يصيب بكسر النصل، فينظر، فإن وقعت الإصابة من كسر النصل بالطرق الذي فيه حديدة النصل، احتسب به مصيباً؛ لأنه أصاب بمحل الإصابة، وإن أصاب منه بالطرف الآخر المتصل بقدح الفوق لم يحتسب به مصيباً، ولا مخطئاً؛ لأن أصاب بغير محل الإصابة.

والحال الخامسة: أن يصيب بالكسرين معاً، فلا يحتسب بكسر القدح، ويكون

---

(١) انظر الأم (٤/ ١٥٢).

الاحتساب بكسر النصل معتبراً بما ذكرنا إن كان بطرف الحديدة كان مصيباً، وإن كان بطرفه الآخر كان مردوداً.

مسألة[(١)]:

قَالَ الشَّافِعِيُّ: «وَإِنْ كَانَ فِي الشَّنِّ نَبْلٌ فَأَصَابَ سَهْمَهُ فَوْقَ سَهْمٍ في الشَّنِّ لَمْ يُحْسَبْ وَرُدَّ عَلَيْهِ وَرَمَى بِهِ لأَنَّهُ عَارِضٌ دُونَ الشَّنِّ».

قال في الحاوي: قد ذكرنا أن فوق السهم هو الجزء الذي في طرفه لموقع الوتر، فإذا ثبت سهم في الشن، ثم رماه فوقَّع سهم هذا على فوق السهم الذي في الهدف فللسهم الثابت في الهدف حالتان:

إحداهما: أن يدخل منه في الهدف قدر نصله، ويكون باقي طوله خارجاً، فلا يحتسب لهذا بسهمه لا مخطئاً، ولا مصيباً؛ لأنه لم يبلغ كل الهدف، فصار مقصراً، فلم يعتد به مصيباً، ولا مخطئاً، ومنعه طائل، فلم يصر مخطئاً.

والحالة الثانية: أن يكون السهم الثابت في الهدف قد دخل جميعه في الهدف حتى غاص، ولم يظهر منه إلا موضع فوقه، فوقع عليه هذا السهم، فينظر في الإصابة. فإن كانت قرعاً احتسب بهذا السهم مصيباً لوصول السهم إلى محل الإصابة من الهدف، وإن كانت الإصابة خسقاً لم يحتسب به مصيباً ولا مخطئاً إلا أن ثبت نصله من فوق ذلك السهم، فيحتسب به مصيباً في الخسق؛ لأن ما خسق الخشب، وثبت فيه فأولى أن يخسق الشن، ويثبت فيه، وأحسن ما تكون الإصابة كما قال الشاعر:

نُصِيبُ بِبَعْضِهَا أَفْوَاقَ بَعْضٍ ... فَلَوْلَا الكَسْرُ لاتَّصَلَتْ مُصِيبَا

مسألة[(٢)]:

قَالَ الشَّافِعِيُّ: «وَإِذَا أَرَادَ المُسْتَبِقُ أَنْ يَجْلِسَ وَلَا يَرْمِي وَلِلْمُسْبِقِ فَضْلٌ أَوْ لَا فَضْلَ لَهُ فَسَوَاءٌ وَقَدْ يَكُونُ لَهُ الفَضْلُ فَيَنْضُلُ وَيَكُونُ عَلَيْهِ الفَضْلُ وَيُنْضَلُ وَالرُّمَاةُ يَخْتَلِفُونَ فِي ذَلِكَ فَمِنْهُمْ مَنْ يَجْعَلُ لَهُ أَنْ يَجْلِسَ مَا لَمْ يَنْضُلْ وَمِنْهُمْ مَنْ يَقُولُ لَيْسَ لَهُ أَنْ يَجْلِسَ إِلَّا مِنْ عُذْرٍ وَأَحْسَبُهُ إِنْ مَرِضَ مَرَضاً بِالرَّمْيِ أَوْ يُصِيبُ إِحْدَى يَدَيْهِ عِلَّةٌ تَمْنَعُهُ مِنْ ذَلِكَ كَانَ لَهُ أَنْ يَجْلِسَ وَيَلْزَمُهُمْ أَنْ يَقُولُوا إِذَا تَرَاضَيَا عَلَى أَصْلِ الرَّمْيِ الأَوَّلِ».

قال في الحاوي: إذا جلس أحد المتناضلين عن الرمي، فله حالتان:

إحداهما: أن يريد به تأخير الرمي عن وقته، فلا يخلو أن يكون فيه معذوراً أو غير معذور، فإن كان له عذر، وطلب التأخير أخر، ولم يجبر على التعجيل سواء قيل بلزومه كالإجارة أو بجوازه كالجعالة؛ لأنه ليس بأوكد من فرض الجمعة التي يجوز التأخر عنها

---

(١) انظر الأم (٤/ ١٥٢).

(٢) انظر الأم (٤/ ١٥٢).

بالعذر وأعذاره في تأخير الرمي ما أثر في نفسه من مرض أو شدة حر أو برد أو أثر في رميه من شدة ريح أو مطر أو أثر في أهله من موت حلّ أو حادث نزل أو أثر في ماله من جائحة طرقت أو خوف طرأ؛ إن لم يكن له في تأخير الرمي عذر والتمس به الدعة إلى وقت آخر، ففي إجباره على التعجيل قولان:

أحدهما: يجبر عليه، إذا قيل بلزومه كالإجارة.

والثاني: لا يجبر على تعجيله إذا قيل بجوازه كالجعالة.

فصل:

والحال الثانية: أن يريد بالجلوس عن الرمي فسخ العقد، فلا يخلو أن يكون معذوراً في الفسخ أو غير معذور، فإن كان معذوراً في الفسخ، وأعذار الفسخ أضيق وأغلظ من أعذار التأخير وهي ما اختصت بنفسه من العيوب المانعة من تتمة رميه، وهي ضربان:

أحدهما: ما لا يرجى زواله كشلل يده أو ذهاب بصره، فالفسخ واقع بحدوث هذا المانع، وليس يحتاج إلى فسخه بالقول.

والثاني: ما يرجى زواله كمرض يده أو رمد عينه أو علة جسده فلا ينفسخ العقد بحدوث هذا المانع، بخلاف الضرب الأول، لإمكان الرمي بإمكان زواله، ويكون الفسخ بالقول، وذلك معتبر بحال صاحبه، فإن طلب تعجيل الرمي، فله الفسخ لتعذر التعجيل عليه، ويكون استحقاق هذا الفسخ مشتركاً بينه وبين صاحبه، ولكل واحد منهما فسخ العقد به، وإن أجاب صاحبه إلى الإنظار بالرمي إلى زوال المرض، فهل يكون عذره في الفسخ باقياً أم لا؟ على وجهين:

أحدهما: يكون باقياً في استحقاق الفسخ؛ لئلا تكون ذمته مرتهنة بالعقد.

والثاني: أن عذر الفسخ قد زال بالانتظار، وليس للمنظر أن يرجع في هذه الإنظار، وإن جاز له أن يرجع في الإنظار بالديون؛ لأنه عن عيب رضي به وجرى مجرى الإنظار بالإعسار، وإن لم يكن لطالب الفسخ عذر في الفسخ. فإن قيل بلزوم العقد كالإجارة لم يكن له الفسخ، وأخذ به جبراً، فإن امتنع منه حبس عليه كما يحبس بسائر الحقوق إذا امتنع بها، فإن طال به الحبس، وهو على امتناعه عزر حتى يجيب، وإن قيل بجواز العقد كالجعالة، فله الفسخ قبل الرمي، وبعد الشروع فيه، وقبل ظهور الغلبة، فإن ظهرت الغلبة لأحدهما، فإن كانت لطالب الفتح، فله الفسخ، وإن كانت لغيره، ففي استحقاقه للفسخ قولان مضيا:

أحدهما: لا يستحقه بعد ظهورها، لتفويت الأغراض المقصودة بعد ظهورها.

والثاني: وهو الذي نص عليه الشافعي ها هنا، له الفسخ لما علل به من أنه قد يكون له الفضل فينضل ويكون عليه الفضل، فينضل.

مسألة:

قَالَ الشَّافِعِيُّ: «وَلَا يَجُوزُ أَنْ يَسْبِقَهُ عَلَى أَنْ يُعِيدَ عَلَيْهِ».

قال في الحاوي: أما قوله: «ولا يجوز أن يسبقه، ففيه تأويلان:

أحدهما: لا يعقد معه عقد السبق على هذا الشرط.

والثاني: لا يخرج مال السبق على هذا الشرط.

وأما قوله: «عَلَى أَنْ يُعِيدَ عَلَيْهِ» ففيه تأويلان على أنه إذا أخطأ أعيد عليه السهم ولم يحتسب به في الخطأ، ويجعل كل خطأين خطأ واحداً.

والتأويل الثاني: على أنه إذا أصاب أعيد صوابه، فاحتسب به إصابتين، والعقد على التأويلين باطل لأمرين:

أحدهما: اشتراط تفاضلهما فيما يجب فيه تساويهما.

والثاني: أن مقصود عقدهما معرفة أحذقهما، ولا يعلم مع مناضلة التفاضل حذق الحاذق.

مسألة(١):

قَالَ الشَّافِعِيُّ: «وَإِنْ سَبَقَهُ عَلَى أَنْ يَرْمِيَ بِالعَرَبِيَّةِ لَمْ يَكُنْ لَهُ أَنْ يَرْمِيَ بِالفَارِسِيَّةِ لأَنَّ مَعْرُوفاً أَنَّ الصَّوَابَ عَنِ الفَارِسِيَّةِ أَكْثَر مِنْهُ عَنْ العَرَبِيَّةِ».

قال في الحاوي: وهذا كما قال، إذا كان عقد نضالهما أن يكون عن قوس عربية فأراد أن يبدلها بقوس فارسية لم يجز؛ لأن الصواب بالفارسية أكثر منه بالعربية ولو أراد أن يبدلها بقوة أخرى عربية جاز؛ لأن الجنس يتعين بالشرط ولا يتعين له واحد من الجنس، ولو كان عقد نضالهما على الفارسية، فأراد أن يبدلها بالعربية، لم يجز لأمرين:

أحدهما: أن تعيين الجنس يمنع من العدول عنه.

والثاني: أن مقصود الرمي تفاضلهما في الحذق، وقد يكون بالعربية أحذق، فلا يدل على أنه مع التماثل أحذق.

مسألة(٢):

قَالَ الشَّافِعِيُّ: «وَإِنْ سَبَقَهُ وَلَمْ يُسَمِّ الغَرَضَ كَرِهْتُهُ فَإِنْ سَمَّيَاهُ كَرِهْتُ أَنْ يَرْفَعَهُ أَوْ يَخْفِضَهُ».

قال في الحاوي: أما الغرض في اللغة، فهو اسم للمراد بالفعل المقصود، وهو أخص من الإرادة، لأن الغرض ما اقترن بالفعل والإرادة قد تعم، فتكون بفعل وغير فعل، وهو مستعمل في النضال وله فيه حقيقة ومجاز، فحقيقة الغرض في النضال: محل

---

(١) انظر الأم (٤/١٥٢).

(٢) انظر الأم (٤/١٥٣).

الإصابة من الهدف ومجازه في النضال موقف الرامي عند رمي الهدف وإذا كان كذلك وجب أن يصف الغرض الذي هو محل الإصابة والغرض الذي هو موقوف الرامي؛ ليكون حكم المسألة فيما أريد بها منهما معلوماً بعد تفسيرهما ومعرفتهما.

أما الغرض في الهدف، فقد ذكرنا أن الهدف هو بناء ينصب فيه الغرض، والغرض يشتمل على شن وجريد وعري ومعاليق، فالشن هو الجلد.

والجريد: هو الخشب المحيط بالشن، حتى ينبسط فيه كحلقة المنحل، وأما العري: فهو كالحلق حول الشن.

فأما المعاليق: فهي أوتار يشد بها عري الشن إلى أوتاد في الهدف، وفي الشن دائرة هي أضيق منه، وفي الدائرة هلال هو أضيق، وفي الهلال خاتم هو أضيق منه، فأحذق الرماة من يشترط إصابة الخاتم، فلا يحتسب له بإصابة الهلال وما زاد، ثم يليه من يشترط إصابة الهلال، فلا يحتسب له بإصابة الهلال وما زاد ثم يليه من يشترط إصابة الهلال، فلا يحتسب له بإصابة الدائرة، وما زاد، ثم يليه من يشترط إصابة الدائرة، فلا يحتسب له بإصابة الشن وما زاد ثم يليه من يشترط إصابة الشن، فلا يحتسب له ببقية الغرض، وما زاد ثم يليه من يشترط إصابة الغرض، فيحتسب بإصابة الشن، والشن والعري وفي الاحتساب له بإصابة المعاليق قولان:

أحدهما: يحتسب بها كالعري.

والثاني: لا يحتسب بها كالأوتاد ولهم في محل الغرض من الهدف عادات مختلفة فمنهم من يرفعه ويسمونه جواني، ومنهم من يخفضه ويسمونه ميلاني، ومنهم من يتوسط فيه ويسمونه نطحاني.

وأما الغرض في موقف الرامي، فهو مقام الرامي استقبال الهدف يرميه من مسافة مقدرة تقل الإصابة ببعدها، وتكثر بقربها، ويحتاج في القريبة إلى القوس اللينة حتى لا يمرق السهم، وفي البعيدة إلى القوس الشديدة حتى يصل السهم.

فصل:

وإذا تقرر ما ذكرنا فقد اختلف أصحابنا فيما أراده الشافعي في هذه المسألة بقوله: «وإن سبقه، ولم يسم الغرض كرهته» وهل أراد به غرض الهدف أو غرض الموقف على وجهين:

أحدهما: وهو قول أبي إسحاق المروزي أنه أراد غرض الموقف أن تكون مسافته مقدرة بالشرط في العقد، وإن أغفلا ذكرها، وعرف الرماة فيه مختلف بطل العقد للجهل بما هو مقصود فيه، ويكون معنى قول الشافعي: «كرهته» أي حرمته، كما قال: «وأكره أن يدهن من عظم قيل» أي أحرمه، وإن كان للرماية فيه عرف معهود ففي حملهما عليه مع الإطلاق وجهان:

أحدهما: يحملان فيه على العرف؛ لأن العرف مع عدم الشرط يقول في العقود مقام الشرط، فعلى هذا يكون العقد صحيحاً، ويكون معنى قول الشافعي: «كراهة» يريد: كراهة اختيار لا كراهة تحريم وإنما كرهه مع الصحة؛ لأنه ربما كان لأعيان المتناضلين أغراض في مخالفة العرف.

والثاني: أنهما لا يحملان فيه على العرف، لهذا التعليل من اختلاف الأغراض فيه وأن القوي في البعد أرغب، والضعيف في القرب أرغب، فعلى هذا يكون العقد باطلاً، ويكون قوله: «كرهته» أي حرمته، وإذا تقدرت مسافة الغرض إما بالشرط وإما بالعرف لم يكن لواحد من المتناضلين أن يزيد فيه، ولا ينقص منه لأن الجواب محمول على القول بلزومه كالإجارة، ويكون معنى قول الشافعي: «فإن سمياه كرهت أن يرفعه أو يخفضه» أي: منعت أن يزيد فيه أو ينقص منه؛ لأن الزيادة ارتفاع، والنقصان انخفاض، فهذا أحد الوجهين في مراد الشافعي بالمسألة وجوابها على هذا المراد في أحكامها مع الذكر والإغفال.

والثاني: وهو قول أبي علي بن أبي هريرة أن مراد الشافعي بهذا غرض الهدف في ارتفاعه وانخفاضه، وتوسطه، فإن سمياه في العقد حملاً على ما سمياه ولم يكن لواحد منهما أن يرفعه إن كان منخفضاً ولا أن يخفضه إذا كان مرتفعاً التزاماً بحكم الشرط.

وإن أغفلاه لم يبطل العقد بإغفاله؛ لأنه من توابع مقصوده. وقيل لهما: إن اتفقتما بعد العقد حملتما فيه على اتفاقكما، ولم يكن لواحد منكما بعد الاتفاق أن يرفعه أو يخفضه، وإن اختلفتما فيه حملتما على العرف، ويكون الاتفاق ها هنا مقدماً على العرف؛ لأن ارتفاع الغرض أمكن للطويل والراكب وانخفاضه أمكن للقصير والنازل.

وإن كان العرف عند تقدر الاتفاق، مختلفاً روعي فيه أوسط الأغراض المسمى: الجواني، لتعديل ما بين الإرادتين، ويكون قول الشافعي: «كرهت» محمولاً على كراهة الاختيار والله أعلم.

مسألة(١):

قَالَ الشَّافِعِيُّ: «وَقَدْ أَجَازَ الرُّمَاةُ لِلْمُسْبِقِ أَنْ يُرَامِيَهُ رَشْقاً وَأَكْثَرَ فِي المائَتَيْنِ وَمَنْ أَجَازَهُ فِي الرُّقْعَةِ وَفِي أَكْثَرَ مِنْ ثَلَاثمِائَةٍ».

قال في الحاوي: ذكر الشافعي في هذه المسألة كلاماً مشتبهاً يشتمل على أسماء مبهمة، وأحكام مختلفة فيلزم تعيين أسمائها، وبيان أحكامها.

فأما الأسماء، فذكر منها الرشق، فقد ذكرناه أنه بفتح الراء اسم للرمي، وبكسرها اسم لعدد الرمي، وهما عددان ومستحب.

---

(١) انظر الأم (٤/ ١٥٣).

فأما اللازم في العقد، فهو جملة عدد الرمي الذي تعاقدا عليه، كاشتراطهما رمي مائة سهم، فالمائة رشق ينطلق عليها اسم الرشق حقيقة.

وأما المستحب في العقد، فهو تفضيل عدد الرمي الذي يتناوبان فيه كاشتراطهما أن يتراميا خمساً خمساً، أو عشراً عشراً، فالعشر رشق، ينطلق عليها اسم الرشق، مجازاً؛ لأنها بعض الحقيقة، فصارا رشقين: رشق جملة ورشق تفضيل.

وعادة الرماة في رشق التفضيل مختلفة، فمنهم من يختار أن يكون خمساً خمساً ومنهم من يختار أن يكون عشراً عشراً، ومنهم من يختار أن يكون عشراً عشراً، ومنهم من يختار أن يكون اثني عشر اثني عشر تبركاً بقول النبي ﷺ لسعد بن أبي وقاص يوم أُحد: ارم فداك أبي وأمي، اثني عشرة مرة، فكان حسن الأثر في الرمي معتبراً بهذه الدعوة، وهو أول من رمى في الإسلام سهماً وأراق فيه دماً، وشعره فيه دليل عليه حيث يقول:

أَلَا هَـلْ أَتَـى رَسُـولُ الـلَّـهِ أَنِّـي ... حَـمـيْـتُ صَـحَـابَـتِـي بِـصُـدُورِ نَـبْـلِـي

فَـمَـا تَـعْـتَـدُّ رَامٍ فِـي عَـدَوٍّ ... بِـسَـهْـمٍ يَـا رَسُـولَ الـلَّـهِ قَـبْـلِـي

وذلك أن دينك دين صدق وذي حق أتيت به وعدل.

فأما الندب، فمنهم من جعله اسماً لمال السبق، والرمي، ومنهم من جعله اسماً لعدد الرمي كالرشق، واختلف من قال بهذا، هل ينطلق على عدد الجملة أو عدد التفضيل أو يختص بعدد التفضيل، فقال بعضهم: ينطلق على العددين كالرشق، وقال آخرون، يختص بعدد التفضيل دون الجملة.

واختلف من قال بهذا هل يختص برمي الجلاهق أو يعم النشاب والجلاهق، فقال بعضهم: الندب كالرشق يعم انطلاقهما على عدد الرمي في النشاب والجلاهق وهو البندق.

وقال آخرون: الرشق مختص بعدد الرمي في النشاب، والندب مختص بعدد الرمي في الجلاهق ومن الأسماء التي ذكرها الشافعي في هذه المسألة «الرقعة» وقد اختلف في روايتها فرواها المزني: الرقعة بالقاف وضم الراء، ورواها ابن سريج: «الرفعة» بالفاء وكسر الراء مأخوذ من الارتفاع، وزعم أنه المنصوص عليه في كتاب «الأم» ونسب المزني إلى الوهم، فعلى رواية أبي العباس بن سريج يكون هذا الاسم صفة للغرض في ارتفاعه من خفض إلى علو.

وعلى رواية المزني أنها الرقعة بالقاف اختلف في المراد بها ها هنا على ثلاثة أوجه:

أحدها: أنه اسم للغرض الذي في الهدف، فيكون مسمى باسمين بالرقعة وبالغرض.

والثاني: أنه اسم يختص بهما في وسط الغرض من عظم هو أضيق ما فيه من مواقع الإصابة الذي تقدم له سمة بالخاتم، فيسمى باسمين بالرقعة وبالخاتم.

والثالث: أنه اسم لمسافة الرمي، فيما بين موقف الرامي والهدف ولئن طال الكلام بتفسير هذه الأسماء، فلا غنى عنها، لتعلق الأحكام بها.

فصل:

فإذا تقررت هذه الجملة، فقد اختلف أصحابنا في تأويل هذه المسألة على ثلاثة أوجه:

أحدها: أنها مصورة في قدر المسافة التي يجوز أن يتناضلا إليها، وحد أقلها ما يجوز أن يخطىء فيه الرماة لبعده، وأما ما لا يجوز أن يخطئوا فيه، لقربه فالنضال عليه باطل، وحد أكثرها ما يجوز أن يصيب فيه الرماة لقربه.

فأما ما لا يجوز أن يصيبوا فيه لبعده، فالنضال عليه باطل، وهذان الحدان في الأقل والأكثر هما حدًّا تحقيق لمعناهما وحدهما بالمسافة حدّ تقريب من غير تحقيق، ولأكثر المسافة على التقريب معتاد ونادر فأما حدّه المعتاد على التقريب فهو مائتا ذراع، لما روي أن رجلاً من أصحاب رسول الله ﷺ قدم عليه من غزاة، ووصف له حربهم فيها، فقال: كنا نحارب العدو، فإن كانوا منا على مائتي ذراع رميناهم بالسهام، وإن كانوا دونها رضخناهم بالأحجار، وإن كانوا أقرب من ذلك طعناهم بالرماح، وإن كانوا أقرب إلينا ضربناهم بالسيوف، فقال رسول الله ﷺ: «هذا هو الحرب».

وأما حدّه الثالث على التقريب، فهو ثلاثمائة ذراع؛ لأن في الرماة من يصيب منه.

والإصابة في الزيادة عليها متعذرة.

وحكي أنه لم ير أحد كان يرمي على أربع مائة ذراع، ويصيب إلا عقبة بن عامر الجهني، وهذا شاذ في النادر إن صح، فلا اعتبار به، ولا يصح العقد عليه فإن عقد النضال على أكثر المسافة المعتادة، وهي مائتا ذراع صحّ العقد إذا كان مثل الراميين يصيب فيهما، وإن كان مثلهما لا يصيب منها، لم يصح العقد، وإن كان مثلهما قد يصيب منها، ففي صحة العقد وجهان:

أحدهما: يصح لإمكان إصابتهما منها كالمسافة المعتادة.

والثاني: أنه باطل؛ لأن النادر غرر، والغرر في العقود مردود بالنهي عنه، وحكم ما بين المعتاد والنادر، فيلحق بأقربهما إليه، فإن كانت الزيادة على المائتين أقل من خمسين، فهو من المعتاد، وإن كانت أكثر من خمسين فهو في النادر.

وأما عقده على ما زاد على الثلاثمائة فإذا كثرت الزيادة بطل العقد على ما زاد على الثلاثمائة، فإن كثرت الزيادة بطل العقد بها، وإن قلت الزيادة كانت حكم الثلاثمائة في الصحة والفساد وهو معنى قول الشافعي؛ لأن إغفال ذكره في العقد يبطله، فصار من لوازمه.

والقسم الثالث: ما اختلف أصحابنا فيه، وهو: هل الإصابة من القرع إلى الخسق،

هل يحتاج فيه إلى فسخ العقد، واستئناف غيره، أم لا؟ على وجهين:

أحدهما: يصح بغير فسخ، إلحاقاً بمحل الغرض.

والثاني: لا يصح إلا بعد الفسخ إلحاقاً بمحل الإصابة من الغرض، فإن اعتبر فيه الفسخ، استأنفا الرمي، وإن لم يعتبر فيه الفسح بنيا على الرمي المتقدم، ويكون معنى قول الشافعي: «ومن أجاز هذا إجازة في الرقعة» أي من أجاز الزيادة في المسافة فأولى أن يجيز تغيير الغرض؛ لأن حكم المسافة أغلظ والله أعلم.

مسألة[1]:

قَالَ الشَّافِعِيُّ: «وَلَا بَأْسَ أَنْ يَشْتَرِطَا أَنْ يَرْمِيَا أَرْشاقاً مَعْلُومَةً كُلَّ يَوْمٍ مِنْ أَوَّلِهِ إِلَى آخِرِهِ فَلَا يَفْتَرِقَا حَتَّى يَفْرَغَا مِنْهَا إِلَّا مِنْ عُذْرِ مَرَضٍ أَوْ عَاصِفٍ مِنَ الرِّيحِ».

قال في الحاوي: لا يخلو حال الرمي من حالين:

أحدهما: أن يكون معقوداً على رشق واحد يمكن رمي جميعه في يوم واحد فهذا يجب أن يوالي رمي جميعه، ولا يفرق، ولهما فيه ثلاثة أحوال:

أحدهما: أن يعقداه معجلاً، فيلزم رمى جميعه في يوم عقده، ولا يجوز لأحدهما تأخيره، إلا من عذر يمنع من الرمي من مرض بالرامي أو مطر أو ريح يفسد آلة الرمي فإن أخراه عن يومهم عن تراضٍ، فهو إنظار لا يفسد به العقد على القولين معاً.

والثاني: أن يعقداه مؤجلاً في يوم مسمى جعلاه وقتاً للرمي، ففي العقد وجهان:

أحدهما: باطل؛ لأنه عقد على عين شرط فيه تأخير القبض.

والثاني: صحيح؛ لأمرين:

أحدهما: لأن العمل فيه مضمون في الذمة.

والثاني: أن عقده أوسع حكماً مما عداه، فعلى هذا يكون الأصل هو المستحق فيه الرمي، لا يقدم قبله، ولايؤخر بعده، فإن أراد أحدهما تقديمه أو تأخيره، وامتنع منه صاحبه، كان محمولاً على القولين، وإن اتفقا على تقديمه أو تأخيره من غير فسخ جاز على القولين معاً، ولو بدر أحدهما، فرمى قبل حلول الأجل لم يحتسب له بصوابه، ولم يحتسب عليه بخطئه؛ لأنه رمي لم يقتضيه العقد.

والثالث: أن يعقداه مطلقاً لا يشترطا فيه حلولاً، ولا تأجيلاً، فيقتضي إطلاقه الحلول؛ لأن الأجل في العقد لا يثبت إلا بشرطه.

فصل:

والحال الثانية من الأصل: أن يكون النضال معقوداً على أرشاق كثيرة لا يمكن رمي جميعها في يوم واحد لعقده على مائة رشق، فهذا على ثلاثة أقسام:

---

(١) انظر الأم (٤/ ١٥٣).

أحدها: أن يشترطا فيه ما يمكن، وهو أن يجعلا في كل يوم رمي أرشاق معلومة يتسع اليوم لرميها من غير إرهاق، فهذا جائز، ويختص كل يوم رمي ما سمى فيه، ولا يلزم الزيادة عليه، ولا النقصان منه، وليس هذا بتأجيل يخرج على الوجهين، وإنما هو تقدير الرمي في زمانه، فصح وجهاً واحداً.

والثاني: أن يشترطا ما يمتنع، وهو رمي جميع الأرشاق في يوم واحد، وهو يضيق عن جميعها فهذا باطل، لامتناعه، ويكون العقد به باطلاً.

والثالث: أن يكون العقد مطلقاً لا يشترطا فيه تقدير الرمي، فيلزم أن يرميا في كل يوم ما اتسع له بحسب طول النهار وقصره، ولا يلزم الرمي في الليل لخروجه عن معهود العمل إلى الاستراحة، ولا يلزم الارتفاق في رمي النهار ويكون ابتداؤه بعد طلوع الشمس وانتهاؤه قبل غروبها، ويمسكان عنه في أوقات الأكل والشرب والطهارة والصلاة وأوقات الاستراحة المعهودة.

وعادة الرماة تختلف في مواصلة الرمي؛ لأن فيهم من تكثر إصابته إذا وصل لقوة بدنه وشدة ساعده، ومنهم من تقل إصابته إذا وصل لضعف بدنه، ولين ساعده فإذا عدل بهما عن المواصلة والفتور إلى حال معتدلة اعتدل رميهما وتكافأ فإن عرض ما يمنع من الرمي إما في الزمان من مطر أو ريح أو في أبدانهما من مرض أو علة أخر.

مسألة[1]:

قَالَ الشَّافِعِيُّ: «وَمَنْ اعْتَلَّتْ أَدَاتُهُ أُبْدِلَ مَكَانَ قَوْسِهِ وَنَبْلِهِ وَوَتَرِهِ».

قال في الحاوي: أما قوله: «اعتلت أداته» فهي كلمة مستعارة يستعملها الرماة عند فساد آلتهم، مأخوذ من علة المريض، فإذا انكسر قوسه، أو لان وانقطع وتره، أو استرخى واندق سهمه أو اعوج كان له أن يبدله بغيره صحيحاً، لما ذكرنا من حكم الآلة أنها تبع لا تتعين في العقد، وإنما يتعين فيه الراميان فلم يجز إبدال الرامي بغيره إذا اعتل، وجاز إبدال الآلة بغيرها إذا اعتلت، وإن أراد إبدالها من غير أن تعتل جاز لكن يجوز تأخير الرمي لإبدالها إذا اعتلت، ولا يجوز تأخيره لإبدالها إذا لم تعتل.

مسألة[2]:

قَالَ الشَّافِعِيُّ: «وَأَنَّ طُولَ أَحَدِهِمَا بِالإِرْسَالِ التِمَاسِ أَنْ تَبْرَدَ يَدُ الرَّامِي أَوْ يَنْسَى حُسْنَ صَنِيعِهِ فِي السَّهْمِ الَّذِي رَمَاهُ فَأَصَابَ أَوْ أَخْطَأَ فَلْيَسْتَعْتِبْ مِنْ طَرِيقِ الخَطَأَ فَقَالَ: لَمْ أَنْوِ هَذَا لَمْ يَكُنْ ذَلِكَ لَهُ وَقِيلَ لَهُ ارْمِ كَمَا تَرْمِي النَّاسُ لَا مُعْجَلاً عَنِ التَّثَبُّتِ فِي مَقَامِكَ وَنَزْعِكَ وَإِرْسَالِكَ وَلَا مُبْطِئاً لِإِدْخَالِ الضَّرَرِ بِالحَبْسِ عَلَى صَاحِبِكَ».

قال في الحاوي: ينبعي أن يكون الراميان على اقتصاد في التثبت من غير إبطاء، ولا

---

(١) انظر الأم (٤/ ١٥٤).
(٢) انظر الأم (٤/ ١٥٤).

إعجال فإن طول أحدهما بعد أن تقدم رمي صاحبه على الاقتصاد ليبرد يد صاحبه في السهم الذي رمي به، فنسي صنيعه إن أصاب، فلا يسن بصوابه، أو أخطأ فلا يزول عن سننه في خطئه، فإن أمسك صاحبه عن الاستعتاب ترك هذا المتباطىء على حاله، وإن استعتب وشكا قيل للمتباطىء: ليس لك أن بضر بصاحبك في الإبطاء كما ليس لصاحبك أن يضربك في الإعجال واعدل إلى القصد في تثبتك غير متباطىء ولا معجل، فإن قال: هذه عادتي لا أقدر على فراقها، نظر، فإن كان ذلك معروفاً منه قيل لصاحبه: لا سبيل إلى هذا من تكليفه غير عادته، وهو عيب أنت لأجله بالخيار بين مناضلته أو فسخه، وإن كان معروفاً بخلاف ما ادعاه لم تقبل دعواه وأخذ بالاعتدال في قصده جبراً ما أقام على عقده.

وفي قول الشافعي: ويستعيب من طريق الخطأ تأويلان:

أحدهما: ومعناه إن إطالة إرساله خطأ منه، فيعاتب عليه.

والثاني: أن خطأ صاحبه فهو لإطالة إرساله، فيعاتب عليه، وإن كان خطؤه محسوباً عليه، كما أن صوابه محسوباً له، وبالله التوفيق.

مسألة(١):

قَالَ الشَّافِعِيُّ: «وَلَوْ كَانَ الرَّامِي يُطِيلُ الكَلَامَ وَالحَبْسَ قِيلَ لَهُ لَا تُطِلْ وَلَا تَعْجَلْ عَمَّا يُفْهَمُ».

قال في الحاوي: أما المرمى، فهو المرتهن بين المتناضلين ويسمى المشير، والموطن لا يشير على كل واحد منهما بمقصوده، ويخرج سهمه، وبموطن موقفه، ويرد عليه سهمه بعد رميه، ويخبر بصوابه أو خطئه، وعلى هذا أن يعدل بين المتناضلين ولا يميل إلى أحدهما، فيجوز، ولا يمدح أحدهما ويذم الآخر، وليكن إما مادحاً لهما أو ساكتاً عنهما، وليعجل رد سهم كل واحد منهما عليه، ولا يحسبه عنه، فينسى حسن صنيعه، فإن خالف الميل، على أحدهما، منع لإضراره به، وإن ساوى بينهما في إكثار الكلام، وإطالته، وحبس السهم في إعادته صار مضراً بهما، وتوجه المنع إليه في حقهما بعد أن كان في حق أحدهما، وأمر بإقلال الكلام، وتعجيل السهام؛ لأن كثرة كلامه مدهش، وحبسه للسهام ينسى حسن صنيعها فإن كف وإلا استبدل به غيره ممن يتراضيا به المتناضلان، فإن اختلفا اختار الحاكم لهما مؤتمناً، وهكذا لو كان الكلام من أحد المتناضلين مدحاً لنفسه بالإصابة، وذماً لصاحبه بالخطأ كف ومنع، فإن أقام عليه، ولم يقلع عنه عزر، ولم يستبدل به لتعيينه في العقد الذي لا يقوم غيره فيه مقامه.

مسألة(٢):

قَالَ الشَّافِعِيُّ: «وَلِلْمُبْدِي أَنْ يَقِفَ في أَيِّ مَقَامٍ شَاءَ ثُمَّ لِلآخَرِ مِنَ الغَرَضِ الآخر

---

(١) انظر الأم (٤/ ١٥٤). (٢) انظر الأم (٤/ ١٥٤).

أَيَّ مَقَامٍ شَاءَ».

قال في الحاوي: يريد بالمبدىء الذي قد استحق أن يتبدىء بالرمي، إما بالشرط أو بقرعة، فإذا كان الرمي بين هدفين، وهو المسنون والأولى بالمعهود أن يرمي المتناضلان من أحد الهدفين إلى الآخر، رشقاً بحسب ما استقر بينهما، من خمس خمس أو عشر عشر، ثم يمضيا إلى الهدف فيجمعا سهامها ويرميا منه إلى الهدف الثاني رشقاً ثالثاً كذلك أبداً حتى يستكملا رمي جميع أرشاقهما، وإذا كان كذلك، فللمبتدىء بالرمي أن يبتدىء من أي الهدفين شاء، ويقف منه أي موقف شاء؛ لأنه لما استحق الابتداء بالرمي استحق الخيار في موقف الرمي، فيقف حيث شاء من الهدف عن يمينه أو يساره أو وسطه، فإذا صار إلى الهدف الثاني صار الخيار في الموقف إلى الرامي الثاني، فيقف فيه حيث شاء من يمين أو يسار أو وسط، كما كان الخيار في الهدف الأول إلى الرامي الأول؛ لأن المساواة بينهما مستحقة، فلما كان الخيار في الهدف الأول للأول وجب أن يكون في الهدف الثاني للثاني، فإذا أعاد إلى الهدف الثاني الأول عاد الخيار للأول، فإذا عاد إلى الهدف الثاني صار الخيار للثاني، ولا يجمع لواحد منهما الخيار في الهدفين، لما ينفرد به من التفضيل على صاحبه، فإن شرطاه قال الشافعي في «الأم»: بطل العقد بالتفضيل المشروط فيه، فإن شرطا أن يكون لأحدهما الخيار في الهدفين على أن يكون لصاحبه الخيار بعده في الهدفين جاز؛ لأنهما قد تساويا فيه.

فصل:

وإذا كان النضال بين ثلاثة، وقف المبتدىء بالرمي في الهدف الذي شاء ووقف منه حيث شاء، ثم نظر في الثاني والثالث، فإن استقر المبتدىء منهما بالرمي بشرط أو قرعة، وإلا أقرع بينهما ووقف الرامي الثاني من الهدف حيث شاء، فإذا عاد إلى الهدف الأول وقف الرامي الثالث منه حيث شاء ليتساوى الثلاثة في اختيار الموقف في هدف بعد هدف لرمي رشق سواء كان حكم الثالث والثاني كحكم الثاني مع الأول. فإذا ترتبوا على هذا الاختيار في ثلاثة أرشاق صاروا في الرشق الرابع إلى حكم الرشق الأول في عود الخيار إلى الأول، والله أعلم بالصواب.

فصل:

وإذا قال أحد المتناضلين: نستقبل الشمس في رمينا.

وقال الآخر: نستدبرها فالقول قول من دعا إلى استدبارها؛ لأن شعاع الشمس إذا استقبل الرمي، اختل عليه رميه، فإن شرطا في العقد استقبالها حملا عليه بالشرط، كما أن مطلق العقد يقتضي الرمي بالنهار، فإن شرطا فيه الرمي ليلاً حملا عليه، إما في ضوء القمر أو مشاعل النار.

مسألة(١):

قَالَ الشَّافِعِيُّ: «وَإِذَا اقْتَسَمُوا ثَلَاثَةً وَثَلَاثَةً فَلَا يَجُوزُ أَنْ يَقْتَرِعُوا وَلْيَقْتَسِمُوا قَسْماً مَعْرُوفاً».

قال في الحاوي: النضال ضربان: أفراد وأحزاب، وقد مضى نضال الأفراد، فأما نضال الأحزاب، فهو أن يناضل حزبان يدخل في كل واحد منهما جماعة، يتقدم عليهم أحدهم، فيعقد النضال على جميعهم، فهذا يصح على شروطه، وهو منصوص الشافعي رحمه الله وعليه جماعة أصحابه رحمهم الله وجمهورهم.

وحكي عن أبي علي بن أبي هريرة أنه لا يصح، لأن كل واحد منهما يأخذ بفعل غيره، وهذا فاسد، لأنهم إذا اشتركوا صار فعل جميعهم واحداً فاشتركوا في موجبه لاشتراكهم في فعله مع ورود السنة عن النبي ﷺ فيه برواية أبي هريرة أن رسول الله ﷺ مرّ بقوم يرمون، فقال: «ارموا وأنا مع بني الأذرع»، فأمسك القوم قسيهم، وقالوا: يا رسول الله من كنت معه غلب، فقال: «ارموا، فأنا معكم كلكم»، فدل على أنهم كانوا حزبين مشتركين، ولأن مقصود النضال التحريض على الاستعداد للحرب، وهو في الأحزاب أشد تحريضاً وأكثر اجتهاداً، فإذا ثبت جوازه في الحزبين، كجوازه بين الاثنين، فلصحته خمسة شروط:

أحدهما: أن يتساوى عدد الحزبين، ولا يفضل أحدهما على الآخر، فيكونوا ثلاثة وثلاثة أو خمسة وخمسة أو أقل أو أكثر، فإن فضل أحدهما على الآخر يرجل بطل العقد، لأن مقصوده معرفة أحذق الحزبين، فإذا تفاضلوا تغالبوا بكثرة العدد لا بحذق الرمي.

والشرط الثاني: أن يكون العقد عليهم بإذنهم، فإن لم يأذنوا فيه لم يصح، لأنه عقد معاوضة متردد بين الإجارة والجعالة، وكل واحد منهما لا يصح إلا بإذن واختيار فإن عقد عليهم من لم يستأذنهم بطل.

والشرط الثالث: أن يعينوا على متولي العقد منهم، فيكون فيه متقدماً عليهم، ونائباً عنهم، فإن لم يعينوا على واحد منهم لم يصح العقد عليهم لأنه توكيل، فلم يصح إلا بالتعيين ويختار أن يكون زعيم كل حزب أحذقهم وأطوعهم، لأن صفة الزعيم في العرف أن يكون متقدماً في الصناعة مطاعاً في الجماعة، فإن تقدموه في الرمي وأطاعوه في الاتباع جاز، وإن تقدمهم في الرمي، ولم يطيعوه في الاتباع لم يجز، فإن غير المطاع لا تنفذ أوامره.

والشرط الرابع: أن يكون زعيم لكل واحد من الحزبين غير زعيم الحزب الآخر لتصح نيابته عنهم في العقد عليهم مع الحزب الآخر، فإن كان زعيم الحزبين واحداً لم

---

(١) انظر الأم (٤/ ١٥٤).

يصح كما لا يصح أن يكون الوكيل في العقد بائعاً مشترياً.

والشرط الخامس: وهو مسألة الكتاب: أن يتعين رماة كل حزب منها، قبل العقد باتفاق ومراضاة، فإن عقده الزعيمان عليهم ليقترعوا على من يكون في كل حزب لم يصح.

مثاله: أن يكون الحزبان ثلاثة ثلاثة، فيقول الزعيمان: تقترع عليهم، فمن خرجت قرعتي عليه كان معي، ومن خرجت قرعته عليه كان معك، فهذا لا يصح لأمرين:

أحدهما: أنهم أصل في عقد، فلم يصح عقده على القرعة، كابتياع أحد العين بالقرعة.

والثاني: أنه ربما أخرجت القرعة حذاقتهم، لأحد الحزبين وضعفاءهم للحزب الآخر، فخرج عن مقصود التحريض في التناضل، فإن عدلوا بين الحزبين في الحذق والضعف قبل العقد على أن يقترع الزعيمان على كل واحد من الحزبين بعد العقد لم يصرح التعليل الأول من كونهم في العقد أصلاً دون التعليل الثاني من اجتماع الحذاق في أحد الحزبين؛ لأنهم قد رفعوه بالتعليل، فإن ثبت تعيينهم قبل العقد بغير قرعة تعينوا فيه بأحد أمرين: إما بالإشارة إليهم إذا حضروا، وإن لم يعرفوا.

وإما بأسمائهم: إذا عرفوا، فإن تنازعوا عند الاختيار قبل العقد، فعدلوا إلى القرعة في المتقدم بالاختيار جاز، لأنها قرعة في الاختيار، وليست بقرعة في العقد، فإذا قرع أحد الزعيمين اختار من الستة واحداً، ثم اختار الزعيم الثاني واحداً، ثم دعا الزعيم الأول فاختار ثانياً، واختار الزعيم الثاني ثانياً، ثم عاد الأول، فاختار ثالثاً وأخذ الآخر الثالث الباقي، ولم يجز أن يختار الأول الثلاثة في حال واحدة؛ لأنه لا يختار إلا الأحذق، فيجتمع الحذاق في حزب، والضعفاء في حزب، فيعدم مقصود التناضل من التحريض.

فصل:

فإذا تكاملت الشروط الخمسة في عقد النضال بين الحزبين، لم يدخل حالهم في مال السبق من ثلاثة أقسام:

أحدها: أن يخرجها أحد الحزبين دون الآخر، فهذا يصح سواء انفرد زعيم الحزب بإخراجه أو اشتركوا فيه، ويكون الحزب المخرج للسبق معطياً إن كان منضولاً وغير آخذ إن كان ناضلاً، ويكون الحزب الآخر آخذاً إن كان ناضلاً وغير معطٍ إذا كان منضولاً - وهذا يغني عن المحلل، لأنه محلل.

والقسم الثاني: أن يكون الحزبان مخرجين، ويختص بإخراج المال زعيم الحزبين، فهذا يصح، ويغني عن محلل؛ لأن مدخل المحلل ليأخذ ولا يعطي، ورجال كل حزب يأخذون، ولا يعطون، فإذا نضل أحد الحزبين أخذ زعيمهم مال نفسه، وقسم مال الحزب

المنضول بين أصحاب، فإن كان الزعيم رامياً معهم شاركهم في مال السبق، وإن لم يرم معهم، فلا حق له فيه؛ لأنه لا يجوز أن يتمسك مال النضال من لم يناضل، وصار معهم كالأمين والشاهد، فإن رضخوا له بشيء منه عن طيب أنفسهم، جاز، وكان تطوعاً، فإن شرط عليهم أن يأخذ معهم بطل الشرط، ولم يبطل به العقد، لأنه ليس بينه وبين أصحابه عقد يبطل بفساد شرطه وإنما العقد بين الحزبين، وليس لهذا الشرط تأثير فيه.

والقسم الثالث: أن يخرجا المال ويشترك أهل كل حزب في إخراجه، فهذا لا يصح حتى يدخل بين الحزبين حزب ثالث يكون محللاً يكافىء في كل حزب في العدد والرمي يأخذ ولا يعطي كما يعتبر في إخراج المتناضلين المال أو يدخل بينهما محلل ثالث يأخذ ولا يعطي.

فصل:

فإذا انعقد النضال بين الحزبين على ما وصفناه اشتمل الكلام بعد تمامه بإبطال المسمى فيه على ثلاثة فصول:

أحدها: في حكم المال المخرج في كل حزب، ولهم فيه حالتان:

إحداهما: أن لا يسموا قسط كل واحد من جماعتهم، فيشتركوا في التزامه بالسوية على أعدادهم من غير تفاضل فيه، لاستوائهم في التزامه، فإن كان زعيمهم رامياً معهم دخل في التزامه كأحدهم، كما يدخل في الأخذ معهم، فإن لم يكن رامياً لم يلتزم معهم كما لا يأخذ معهم.

والحال الثانية: أن يسموا قسط كل واحد منهم في التزام مال السبق، فهو على ضربين:

أن يتساوى في التسمية، فيصح لأنه موافق لحكم الإطلاق.

والضرب الثاني: أن يتفاضلوا فيه، ففي جوازه وجهان:

أحدهما: لا يجوز لتساويهم في العقد، فوجب أن يتساووا في الالتزام.

والثاني: يجوز، لأنه عن اتفاق لم يتضمنه فيما بينهم عقد، فاعتبر فيه التراضي فإن شرطوا أن يكون المال بينهم مقسطاً على صواب كل واحد منهم وخطئه لم يجز، لأنه على شرط مستقبل مجهول غير معلوم، فبطل، ولا يؤثر بطلانه في العقد، لأنه ليس فيما بينهم عقد، وكانوا متساوين فيه.

فصل:

والفصل الثاني: في حكم نضالهما، وفيما يحتسب به من الصواب والخطأ والمعتبر فيه أن يكون عدد الرشق ثلاثين أو ستين أو تسعين أو عدداً يكون له ثلث صحيح، ولا يجوز أن يكون عدد الرشق خمسين ولا سبعين ولا مائة، لأنه ليس له ثلث صحيح.

وإن كان عدد الحزب أربعة، كان عدد الرشق أربعين أو ماله ربع صحيح، ولا

يجوز أن يكون عدد الرشق ما ليس له ربع صحيح، وهكذا إن كان عدد الحزب خمسة وجب أن يكون عدد الرشق ماله خمس صحيح؛ لأنه إذا لم ينقسم عدد الرشق على عدد الحزب إلا بكسر يدخل عليهم لم يصح التزامهم له؛ لأن اشتراكهم في رمي السهم لا يصح.

فأما عدد الإصابة المشروطة، فيجوز أن لا تنقسم على عددهم، لأن الاعتبار فيها بإصابتهم لا باشتراكهم، فإذا استقر هذا بينهم احتسب لزعيم كل حزب بإصابات كل واحد من أصحابه، واحتسب عليه لخطأ كل واحد منهم سواء تساوى رجال الحزب في الإصابة، وهو نادر أن تفاضلوا فيها، وهو الغالب، فإذا جمعت الإصابتان والمشروط فيها إصابة خمسين من مائة لم يخل مجموع الإصابتين من ثلاثة أحوال:

أحدها: أن يكون المجموع من إصابة كل حزب خمسين، فصاعداً، فليس فيهما منضول وإن تفاضلا في النقصان من الخمسين.

والحال الثالثة: أن يكون مجموع إصابة أحدهما خمسين، فصاعداً، ومجموع إصابة الآخر أقل من خمسين، فمستكمل الخمسين هو الناضل، وإن كان أحدهم في الإصابة مقلاً، بالقصر عن الخمسين هو المنضول، وإن كان أحدهما في الإصابة مكثراً، فيصير مقلل الإصابة آخذاً، ومكثرها معطياً، لأن حزب المقلل ناضل، وحزب المكثر منضول.

فصل:

والفصل الثالث: في حكم المال إذا استحقه الحزب الناضل، فيقسم بين جميعم في قسمته بينهم ووجهان:

أحدهما: أنه مقسوم بينهم بالسوية مع تفاضلهم في الإصابة لاشتراكهم في العقد الذي أوجب تساويهم فيه.

والثاني: أنه يقسم بينهم على قدر إصاباتهم، لأنهم بالإصابة قد استحقوه فلا يكافىء مقل الإصابة مكثرها، وخالف التزام المنضولين، حيث تساووا فيه مع اختلافهم في الخطأ، لأن الالتزام قبل الرمي، فلم يعتبر بالخطأ، والاستحقاق من بعد الرمي، فصار معتبراً بالصواب.

فعلى هذا لو أخطأ واحد من أهل الحزب الناضل في جميع سهامه، ففي خروجه من الاستحقاق وجهان:

أحدهما: يستحق معهم، وإن لم يصب إذا قيل بالوجه الأول أنه مقسوم بينهم بالسوية، لا على قدر الإصابة.

والثاني: أنه يخزيه بالخطأ من الاستحقاق، ويقسم بين ما عداه إذا قيل بالوجه الثاني أنه مقسوم بينهم على قدر الإصابة، ويقابل هذا أن يكون في الحزب المنضول من أصاب بجميع سهامه، ففي خروجه من التزام المال وجهان:

أحدهما: يخرج من التزامه إذا قيل بخروج المخطىء من استحقاقه.

والثاني: لا يخرج من التزامه إذا قيل بخروج المخطىء من استحقاقه.

والثالث: لا يخرج من الالتزام، ويكون فيه أسوة من أخطأ إذا قيل بدخول المخطىء في الاستحقاق، وأنه فيه أسوة من أصاب، والله أعلم.

مسألة[1]:

قَالَ الشَّافِعِيُّ: «وَلَا يَجُوزُ أَنْ يَقُولَ أَحَدُ الرَّجُلَيْنِ أَخْتَارُ عَلَى أَنْ أَسْبِقَ».

قال في الحاوي: وهذا صحيح إذا اجتمع رماة الحزبين، ولم يتميزوا في كل واحدة من الجهتين، فقال أحد الزعيمين: أنا أخرج مال السبق على أن أختار لحزبي من أشاء أو تكون أنت المخرج على أن تختار لحزبك من تشاء، لم يجز، وكان هذا الشرط فاسداً؛ لأن كلا الأمرين من إخراج المال وتعيين الحزب لا يصح إلا عن مراضاة، فلم يجز أن يكون أحدهما مشروطاً بالآخر لخروجه عن الاختيار إلى الالتزام، وهكذا لو قال: إن كان فلان معي فمال السبق عليك، وإن كان معك فمال السبق علي لم يصح بما ذكرناه.

مسألة[2]:

قَالَ الشَّافِعِيُّ: «وَلَا عَلَيَّ أَنْ أُسْبَقَ وَلَا عَلَيَّ أَنْ يَقْتَرِعَا فَأَيُّهُمَا خَرَجَتْ قُرْعَتُهُ سَبَقَهُ صَاحِبُهُ لأَنَّ هَذَا مُخَاطَرَةٌ».

قال في الحاوي: وفيها تأويلان:

أحدهما: أن يقترع الزعيمان على أن أيهما أقرع كان المقروع مخرج السبق لم يجز وكذلك لو كان القارع مخرج السبق لم يجز أيضاً، لأنه عقد مراضاة لا مدخل للقرعة في عرضه.

والثاني: أن يتناضل الزعيمان سهماً واحداً، فإن أصابه أحدهما، وأخطأه الآخر كان المخطىء ملتزم المال، في عقد النضال المستقبل، فهذا أيضاً لا يجوز.

قَالَ[3] الشَّافِعِيُّ: «لأَنَّ هَذَا مُخَاطَرَةٌ».

وهكذا لا يجوز أن يقول أحد الزعيمين: أنا أرمي بسهمي هذا، فإن أصبت به كان مال السبق عليك، وإن أخطأت به كان حال السبق علي، لأنها مخاطرة وجارية مجرى المقارعة.

مسألة[4]:

قَالَ الشَّافِعِيُّ: «وَإِذَا حَضَرَ الغَرِيبُ أَهْلَ الغَرَضِ فَقَسَّمُوهُ فَقَالَ مَنْ مَعَهُ كُنَّا نَرَاهُ

---

(١) انظر الأم (٤/ ١٥٤).
(٢) انظر الأم (٤/ ١٥٥).
(٣) انظر الأم (٤/ ١٥٥).
(٤) انظر الأم (٤/ ١٥٥).

رَامِياً أَوْ مَنْ يَرْمِي عَلَيْهِ كُنَّا نَرَاهُ غَيْرَ رَامٍ وَهُوَ مِنَ الرُّمَاةِ فَحُكْمُهُ حُكْمُ مَنْ عَرَفُوهُ».

قال في الحاوي: وهذا صحيح، إذا اجتمع الزعيمان للعقد، وهو غريب لم يعرفوه فأخذه أحد الزعيمين في حزبه، ودخل في عقده، وشرعوا في الرمي، فله حالتان:

إحداهما: أن لا يحسن الرمي، ولا يكون من أهله، فالعقد في حقه باطل؛ لأنه معقود عليه، في عمل معدوم منه، فصار كمن استؤجر للكتابة، وليس بكاتب، وللصناعة، وليس بصانع، يكون العقد عليه باطلاً، كذلك من دخل في عقد الرمي، وليس برام، وإذا بطل في حقه، فقد قال أبو حامد الإسفراييني، يبطل العقد في واحد من الحزب الآخر، لأنه في مقابلته وفي بطلانه فيمن بقي من الحزبين قولان من تفريق الصفقة، وهذا وهم منه؛ لأن من في مقابلته من الحزب الآخر غير متعين، وليس لزعيمهم تعيينه في أحدهم؛ لأن جميعهم في حكم العقد سواء، وليس أحدهم في إبطال العقد في حقه بأولى من إثباته فيه، وليس لدخول القرعة فيه تأثير، لأنها لا تدخل في إثبات عقد ولا إبطاله، فوجب أن يكون العقد في حقوق الجماعة باطلاً.

والثانية: أن يكون من أهل الرمي، فله فيه ثلاثة أحوال:

أحدها: أن يكون مساوياً لهم فيه، فلا مقال للحزبين فيه، ويكون صوابه لحزبه، وخطؤه على حزبه.

والحال الثانية: أن يكون أرمى منهم، فيقول الحزب الذي عليه: كنا نظنه مثلنا، وقد بان أنه أرمى منا، فاستبدلوا به غيره ممن يساوينا، فليس ذلك لهم؛ لأنه قد دخل في عقدهم، فصار كأحدهم، من لزومه وجوازه، ولا يجوز إفراده منهم بفسخ ولا خيار، ويكون صوابه وخطؤه لحزبه.

والحال الثالثة: أن يكون دونهم في الرمي، فيقول من معه: كنا نظنه رامياً مثلنا، وقد بان تقصيره، فنستبدل به غيره، مكافئاً لنا، فليس ذلك لهم، إلا أن يفسخوه في حقه دونهم، لما عللنا، ويكون صوابه وخطؤه لحزبه، وهو كمن عرفوه، وعيبه عليهم حين لم يختبروه.

مسألة[1]:

قَالَ الشَّافِعِيُّ: «وَإِذَا قَالَ لِصَاحِبِهِ اطْرَحْ فَضْلَكَ عَلَيَّ أَنِّي أُعْطِيكَ بِهِ شَيْئاً لَمْ يَجُزْ إِلَّا بِأَنْ يَتَفَاسَخَا ثُمَّ يَسْتَأْنِفَا سَبْقاً جَدِيداً».

قال في الحاوي: وهذا كما قال. إذا زادت إصابة أحد المتناضلين على إصابة الآخر قبل الغلبة، فقال: من قلّت إصابته لصاحبه: أسقط عني فضل إصابتك، ولك عليَّ دينار، ليستكمل بقية الرمي، بعد التساوي لم يجز، لأن مال السبق مستحق بكثرة

(١) انظر الأم (٤/ ١٥٥).

الإصابة، فإذا نضل بعد إسقاط الفضل لم يصر ناضلاً بكثرة الإصابة، فبطل وإن تفاسخا العقد بعد ظهور الفضل أو استأنفاه على اتفاق جاز وإلا كانا على إصابتهما في التفاضل حتى يفلج أحدهما على الآخر باستكمال الإصابة وتقصير الآخر فيكون ناضلاً.

مسألة(١):

قَالَ الشَّافِعِيُّ: «وَلَوْ شَرَطُوا أَنْ يَكُونَ فُلَانٌ مُقَدَّماً وَفُلَانٌ مَعْهُ وَفُلَانٌ ثَانٍ كَانَ السَّبْقُ مَفْسُوخاً وَلِكُلِّ حِزْبٍ أَنْ يُقَدِّمُوا مَنْ شَاؤُوا وَيُقَدِّمُ الآخَرُونَ كَذَلِكَ».

قال في الحاوي: نبدأ قبل ذكر المسألة بحكم نضال الحزبين، فإذا كان كل واحد من الحزبين ثلاثة، واستقرت البداية بالرمي لأحد الحزبين إما بشرط أو قرعة، فلهما في العقد ثلاثة أحوال:

أحدها: أن يشترطا فيه إذا رمى واحد من هذا الحزب رمى واحد من الحزب الآخر ثم إذا رمى الثاني من الحزب الأول رمى ثانٍ من الحزب الآخر.

وإذا رمى ثالث من الحزب الأول رمى الثالث من الحزب الآخر، فهذا صحيح، وهو الأولى لأنه أقرب إلى التكافؤ.

والحال الثانية: أن يشترطا فيه أن يتقدم رماة الحزب الأول، فيرموا جميعاً ثم يتلوهم رماة الحزب الآخر، فيرموا جميعاً، فهذا لا يجوز، وإن تفاضلوا فيه لأجل الشرط.

والحال الثالثة: أن يطلقوا من غير شرط، فالواجب إذا رمى واحد من الحزب الأول أن يرمي بعده واحد من الحزب الآخر، وإذا رمى ثانٍ من الحزب الأول رمى بعده ثانٍ من الحزب الآخر، ليتقابل رماة الحزبين، ولا يتقدم الجميع على الجميع؛ لأن مطلق العقد يوجب التساوي، وإن استقر فيه التقدم؛ لأن التقدم ضرورة، وليس لاجتماع ضرورة، وكذلك إذا أغفل ذكر التقدم أقرع بينهم، وإذا أغفل ذكر الترتيب في واحد بعد واحد لم يقرع بينهم، ثم لزعيم كل حزب أن يقدم من شاء من أول وثانٍ وثالث، فإن أطاعه أصحابه على ترتيبه حملوا عليه، وله أن يعيد ترتيبهم في الرشق الأول أن يرتبهم في الرشق الثاني مثل ترتبهم في الأول، وعلى خلاف الأول يحتسب ما يراه، وإن خالفوا زعيمهم في الترتيب والتقديم نظر، فإن كان مخرج المال هو لزعيم كان القول في التقديم والترتيب قوله دونهم وإن كانوا هم المخرجين للمال كانوا بترتيبهم في التقدم أحق منه، فإن اتفقوا عليه حملوا على اتفاقهم، وإن تنازعوا فيه أقرع بينهم.

فصل:

فإذا تقرر ما وصفنا، فصورة المسألة أن يشترطا في العقد على كل زعيم أن يقدم من

---

(١) انظر الأم (٤/ ١٥٥).

أصحابه فلاناً، ثم فلاناً، فهذا شرط باطل وفي فساد العقد به وجهان:

أحدهما: وهو قول أبي إسحاق المروزي: لا يفسد به العقد؛ لأن سقوطه لا يعود بضرر على مشترطه.

والثاني: وهو قول الأكثرين يفسد به العقد، لأن ترتيبهم في التقدم إلى زعيمهم إن أخرج المال أو إليهم إن أخرجوه، فإذا ناقاه الشرط أبطله، لأنه منع من حق لهم، وأوقع حجراً عليه، وهكذا لو شرط فيه أن يكون مراسلة الحزبين في الرمي معينة، فيرامي هذا بعينه لهذا بعينه، وكذلك من الجماعة فهذا باطل يفسد به العقد وجهاً واحداً لعلتين إحداهما: ما قدمناه من أن المقابلة حق لهم، كالترتيب، فلم يجز أن يمنعوا من حق بالحجر عليهم.

والثانية: أنه عقد واحد يجيز خطأ أحدهم بإصابة غيره، وإذا عينوا واحداً صارت عقوداً تقتضي أن لا يجبر خطأ واحد بإصابة غيره، فبطل.

مسألة(١):

قَالَ الشَّافِعِيُّ: «وَإِذَا كَانَ البَدْأَةُ لأَحَدِ المُتَنَاضِلِينَ فَبَدَأَ المُبْدَأُ عَلَيْهِ فَأَصَابَ أَوْ أَخْطَأَ رُدَّ ذَلِكَ السَّهْمُ عَلَيْهِ».

قال في الحاوي: إذا استحق أحد المتناضلين أن يبتدىء بالرمي، إما بشرط أو قرعة فبدأ صاحبه بالرمي، وتقدم عليه كان رميه مردوداً عليه لا يحتسب له بصوابه، ولا يحتسب عليه بخطئه لخروج رميه عن حكم عقده، فصار رمياً في غير عقد، وكذلك لو كان المبتدىء أن يرمي رشقه خمسة أسهم، فرمى عشرة أسهم لم يحتسب بما زاد على الخمسة من صواب، ولا خطأ لخروجه عن حكم العقد، وأعاد رميها في نوبته، واحتسب فيها بما زاد من صوابه أو خطئه.

مسألة(٢):

قَالَ الشَّافِعِيُّ: «وَالصَّلَاةُ جَائِزَةٌ في المَضْرَبَةِ وَالأَصَابعِ إِذَا كَانَ جِلْدُهُمَا ذَكِياً مِمَّا يُؤْكَلُ لَحْمِهِ أَوْ مَدْبُوغاً مِنْ جِلْدِ مَا لَا يُؤْكَلُ لَحْمُهُ مَا عَدَا كَلْباً أَوْ خنْزِيراً فَإِنَّ ذَلِكَ لَا يَطْهُرُ بِالدِّبَاغِ غَيْرَ أَنِّي أَكْرَهُهُ لِمَعْنًى وَاحِدٍ وَإِنِّي آمُرُهُ أَنْ يُفْضِي بِبُطُونِ كَفَّيْهِ إِلى الأَرْضِ».

قال في الحاوي: أما المضربة، فجلد يلبسه الرامي في يده اليسرى يقي إبهامه إذا جرى السهم عليه بريشه، يقال: مضربة بضم الميم وتشديد الضاد، ويقال: مضربة بفتح الميم وتسكين الضاد، وهو أفصح.

وأما الأصابع فجلد يلبسه الرامي في إبهامه وسبابته من يده اليمنى لمد الوتر وتفويق السهم، فإن كانا من جلد نجس من كلب أو خنزير أو ميتة أو من غير مأكول اللحم إذا لم

---

(١) انظر الأم (٤/ ١٥٥).

(٢) انظر الأم (٤/ ١٥٥).

يدبغ، لم تجز الصلاة فيهما لنجاستهما، وإن كانا طاهرين من ذكي مأكول أو من ميتة أو ما لا يؤكل إذا دبغا، فطهارتهما لا تمنع من استحقاق الصلاة إذا لم تسقط من فروضها شيئاً، ويمنع من لبس ما أسقط شيئاً من فروضهما، فعلى هذا يجوز أن يلبس الأصابع في الصلاة، وفي جواز ليس المضربة، قولان، لأن بطون الأصابع لا يلزم مباشرة الأرض بها في السجود وفي لزوم مباشرته الأرض بباطن كفه في السجود قولان: إذا قيل بوجوب السجود على اليدين فكانت الأصابع غير مانعة من فرض، وفي منع المضربة من العوض قولان.

مسألة[1]:

قَالَ الشَّافِعِيُّ: «وَلَا بَأْسَ أَنْ يُصَلِّي مُتَنَكِّبَ القَوْسِ وَالقَرْنِ إِلَّا أَنْ يَتَحَرَّكَا عَلَيْهِ حَرَكَةً تَشْغَلُهُ فَأَكْرَهُهُ وَتُجْزِئُهُ».

قال في الحاوي: الصلاة في السلاح جائزة، لقول الله تعالى: ﴿وَإِذَا كُنتَ فِيهِمْ فَأَقَمْتَ لَهُمُ ٱلصَّلَوٰةَ فَلْتَقُمْ طَآئِفَةٌ مِّنْهُم مَّعَكَ وَلْيَأْخُذُوٓاْ أَسْلِحَتَهُمْ﴾ [النساء: ١٠٢].

وروى سلمة بن الأكوع قال: قلت: يا رسول الله، أصلي وعليَّ القوس والقرن؟ فقال: «اطرح القرن وصلِّ بالقوس».

وروي عن ابن عمر أنه قال: القوس على المصلي كالرداء.

فأباح النبي ﷺ الصلاة بالقوس، ونهى عن القرن، وهو الجعبة التي تجمع السهام، فإذا كانت بغطاء، فهي جعبة، وإن كانت مكشوفة فهي قرن، وفي نهيه عن الصلاة فيهما تأويلان:

أحدهما: أنه نهي تحريم إذا كان ريش السهام نجساً، لأنه في الأغلب يتخذ من ريش النسر، وهو غير مأكول، ولو كان الريش طاهراً لم يتوجه إليه نهي.

والثاني: أنه نهي كراهة إذا كان طاهراً؛ لأنه يتخشخشه في ركوعه وسجوده باصطكاك السهام، فيقطعه عن الخشوع في الصلاة، فإن لم يتخشخش لم يتوجه إليه نهي، فصار لحمله في صلاته ثلاثة أحوال:

أحدها: أن يكون محرماً وهو إذا كان نجساً.

والثاني: أن يكون مكروهاً، وهو إذا كان طاهراً يقطع عن الخشوع فيها.

والثالث: أن يكون مباحاً، وهو ما خلا من هذين، والله أعلم بالصواب.

---

(١) انظر الأم (٤/ ١٥٥).

كتاب البيوع

بَابُ مَا أَمَرَ اللَّهُ بِهِ وَنَهَى عَنهُ من المبايعات وسنن النبي ﷺ فيه

مسألة[1]: قال الشافعي: قَالَ اللَّهُ جَلَّ وَعَزَّ ﴿لَا تَأْكُلُوٓاْ أَمْوَٰلَكُم بَيْنَكُم بِٱلْبَٰطِلِ إِلَّآ أَن تَكُونَ تِجَٰرَةً عَن تَرَاضٍ مِّنكُمْ﴾ [النساء: ٢٩] فَلَمَّا نَهَى رَسُولُ اللَّهِ ﷺ عَنْ بُيُوعٍ تَرَاضَى بِهَا المُتَبَايِعَانِ اسْتَدْلَلْنَا أَنَّ اللَّهَ جَلَّ وَعَزَّ أَحَلَّ البُيُوعَ إِلاَّ مَا حَرَّمَ اللَّهُ عَلَى لِسَانِ نَبِيِّهِ ﷺ أَوْ مَا كَانَ فِي مَعْنَاهُ.

قال في الحاوي: الأصلُ في إحلال البيوع: كتابُ اللَّهِ، وَسُنَّةُ نَبِيِّهِ، وإجماعُ الأمّةِ.

فأما الكتاب: فقوله سبحانه وتعالى: ﴿يَٰٓأَيُّهَا ٱلَّذِينَ ءَامَنُواْ لَا تَأْكُلُوٓاْ أَمْوَٰلَكُم بَيْنَكُم بِٱلْبَٰطِلِ إِلَّآ أَن تَكُونَ تِجَٰرَةً عَن تَرَاضٍ مِّنكُمْ﴾ [النساء: ٢٩] وقوله سبحانه: ﴿ذَٰلِكَ بِأَنَّهُمْ قَالُوٓاْ إِنَّمَا ٱلْبَيْعُ مِثْلُ ٱلرِّبَوٰاْ وَأَحَلَّ ٱللَّهُ ٱلْبَيْعَ وَحَرَّمَ ٱلرِّبَوٰاْ﴾ [البقرة: ٢٧٥] وقوله سبحانه: ﴿يَٰٓأَيُّهَا ٱلَّذِينَ ءَامَنُوٓاْ إِذَا تَدَايَنتُم بِدَيْنٍ إِلَىٰٓ أَجَلٍ مُّسَمًّى فَٱكْتُبُوهُ﴾ [البقرة: ٢٨٢] قال ابن عباس: نزلت في السلم وقوله سبحانه: ﴿لَيْسَ عَلَيْكُمْ جُنَاحٌ أَن تَبْتَغُواْ فَضْلًا مِّن رَّبِّكُمْ﴾ [البقرة: ١٩٨].

قال ابن عباس: نزلت في إباحة التجارة في مواسم الحج. أما السُّنَّةُ: فقد رويت عن رسول الله ﷺ قَوْلاً وفِعْلاً:

أمّا القول: فما روى الأعمش، عن أبي وائل، عن قيس بن أبي غرزة، قال: كنا في عهد رسول الله ﷺ نسمى السماسرة فمر بنا النبي ﷺ فسمانا باسم هو أحسن منه، فقال: «يَا مَعْشَرَ التُّجَّارِ إِنّ البَيْعَ يَحْضُرُهُ اللَّغْوُ والحَلْفُ، فَشَوِّبُوهُ بِالصَّدَقَةِ»[2].

وروي عن عبد الله بن عصمة، أن حكيم بن حزام حدثه أنه قال: يا رسول الله إنّي أشتري بيوعاً ما يحلُّ لي منها، وما يحرم، قال: «إِذَا اشْتَرَيْتَ بَيْعاً فَلاَ تَبِعْهُ حَتَّى تَقْبِضَهُ، وَلاَ تَبِعْ مَا لَيْسَ عِنْدَكَ»[3]. فدل على إباحة ما عدا ذلك.

---

(١) انظر هامش الأم (٢/ ١٢٧).

(٢) أخرجه أحمد (٤/ ٢٨٠)، والنسائي (٣٧٩٧)، والحميدي (٣٨)، وعبد الرزاق (١٥٩٦٢)، والحاكم (٢/ ٥)، والبيهقي في «الكبرى» (١٠٤١٣)، وابن أبي شيبة (٧/ ٢١).

(٣) أخرجه الشافعي في «مسنده» (٢/ ١٤٣)، وأحمد (٣/ ٤٠٢)، وأبو داود (٣٥٠٣)، والترمذي (١٢٣٣)، والبيهقي في «الكبرى» (١٠٦٨٣، ١٠٦٨٤).

وروى ابن أبي كثير عن أبي راشد عن عبد الرحمٰن بن شبل قال: قال رسول الله ﷺ: «إِنَّ التُّجَّارَ هُمُ الْفُجَّارُ» قِيل: يَا رَسُولَ اللَّهِ أَلَيْسَ قَدْ أَحَلَّ اللَّهُ الْبَيْعَ؟ قال: «بَلَى وَلَكِنَّهُمْ يُحَدِّثُونَ فَيَكْذِبُونَ وَيَحْلِفُونَ فَيَأْثَمُونَ»(١).

وروى يحيى بن أبي كثير عن أبي سلمة عن أبي هريرة قال: قال رسول الله ﷺ: «لاَ خَيْرَ فِي التِّجَارَةِ إِلاَّ لِمَنْ لَمْ يَمْدَحْ بَيْعاً، وَلَمْ يَذُمَّ شِرى، وَكَسَبَ حَلالاً فَأَعْطَاهُ فِي حَقِّهِ، وَعَزَلَ مِنْ ذَلِكَ الحْلفَ»(٢).

وروى أبو عبيد أن رسول الله ﷺ قال: «تِسْعَةُ أَعْشَارِ الرِّزْقِ فِي التِّجَارَةِ وَالْجُزْءُ الْبَاقِي فِي السَّبَايَا»(٣)، قال أبو عبيد: السَّبَايَا: النِّتَاجُ.

وأمّا الفِعْلُ: من بيوعه التي عقدها بنفسه فكثيرة لا تحصى عدداً، غير أنَّ المنقول منها ما اختص بأحكام، مستفادة فمن ذلك، ما روى أبو الزبير، عن جابر قال: اشترى رسول الله ﷺ من رجل من الأعراب حمل خَبَطٍ، فلمّا وَجَبَ البَيْعُ، قَالَ رَسُولُ اللَّهِ ﷺ: «اخْتَرْ»(٤) قَالَ الأَعْرَابِيُّ: عَمّركَ بَيْعاً».

وروى سمّاك بن حرب عن سويد بن قيس قال: جلبت أنا ومخرمة العبدي بَزّاً من هجر، فأتينا به مكة، فجاءنا رسول الله ﷺ فاشترى مِنّا سراويل ووزانٌ يزنُ بالأجرِ، فَقَالَ لِلْوَزانِ: «زِنْ وَأَرْجحْ»(٥).

وروى عطاء عن جابر قال: كنت مع رسول الله ﷺ في سفر على جمل إنّما هو في آخر القوم فَمَرَّ بِي رسول الله ﷺ وقال: «أَمَعَكَ قَضِيبٌ؟» قُلْتُ: نَعَمْ، فَأَعْطَيْتهُ، فَنَخَسَهُ وَزَجَرَهُ، فَكَانَ فِي أَوَّلِ الْقَوْمِ، فَقَالَ: «بِعْنِيهِ» قُلْتُ: هُوَ لَكَ يَا رَسُولَ اللَّهِ، قَالَ: «بَلْ بِعْنِيهِ» قَالَ: «قَدْ أَخَذْتُه بِأَرْبَعَةِ دَنَانِير وَلَكَ ظَهْرُهُ حَتَّى نَأْتِيَ الْمَدِينَةَ». فَلَمَّا قَدِمْنَا الْمَدِينَةَ، قَالَ النَّبِيُّ ﷺ: «يَا بِلاَلُ اقْضِهِ وَزِدْهُ» فَأَعْطَاهُ أَرْبَعَةَ دَنَانِيرَ وَقِيرَاطاً زَادَهُ، قَالَ جَابِرٌ: لاَ تُفَارِقُنِي زِيادَةُ رَسُولِ اللَّهِ ﷺ(٦).

وروى أبو بكر الحنفي عن أنس بن مالك أن رسول الله ﷺ بَاعَ لِرَجُلٍ مِنَ الأَنْصَارِ

---

(١) أخرجه أحمد (٣/ ٤٢٨)، والترمذي (١٢١٠)، وابن ماجه (٢١٤٦)، والطبراني في «الكبير» (١٩/ ٣١٥)، وعبد الرزاق (١٩٤٤)، والحاكم (٢/ ٦)، والبيهقي في «الكبرى» (١٠٤١٥).

(٢) أخرجه الطبراني في «الأوسط» كما في «مجمع الزوائد» (٤/ ٧٢)، وقال الهيثمي: «وفيه عمر بن راشد، وثقه العجلي وضعفه الجمهور»، وابن عدي في «الكامل» (٥/ ١٦٧٦).

(٣) أورده ابن حجر في «المطالب العالية» (١٣٦٨).

(٤) أخرجه الشافعي في «المسند» (١٣٨)، وابن ماجه (٢١٨٤)، والحاكم (٢/ ٤٩)، والدارقطني (٣/ ٢١)، والبيهقي في «الكبرى» (١٠٤٤٤)، وعبد الرزاق (١٤٢٦١).

(٥) أخرجه أحمد (٤/ ٣٥٢)، وأبو داود (٣٣٣٦، ٣٣٣٧)، والترمذي (١٣٠٥)، وابن ماجه (٢٢٢٠)، والدارمي (٢/ ٢٦٠)، وابن حبان (١٤٤٠)، والحاكم (٢/ ٣٠ ـ ٤/ ١٩٢)، والبيهقي في «الكبرى» (١١١٦٩)، وفي «معرفة السنن» (٣٥٩٩).

(٦) أخرجه البخاري (٢٩٦٧)، ومسلم (١١٣/ ٧١٥).

شَكَا فَقْراً قَدَحاً وحِلْساً بِدِرْهَمَيْنِ فِيمَنْ يَزِيدُ[(١)].

وأمّا إجْمَاعُ الأمَّةِ: فظاهر فيهم من غير إنكار بجملته، وإن اختلفوا في كَيْفِيَّتِهِ وصفته، حتّى أن كبراء الصحابة ارتسموا وندبوا نفوسهم له، فروي أن أبا بكر ـ رضي الله عنه ـ كان تَاجِراً في البَزِّ وروي عن عمر ـ رضي الله عنه ـ أَنَّهُ كَانَ تَاجِراً فِي الطَّعَامِ وَالأَقْطِ. وروي عن عثمان ـ رضي الله عنه ـ أَنَّهُ كانَ تَاجِراً فِي الْبَرِّ وَالْبَحْرِ. وروي عن العباس ـ رضي الله عنه ـ أَنَّهُ كَانَ تَاجِراً فِي العِطْرِ.

وعلى ذلك جرت أحوال الصحابة قبل الهجرة وبعدها، فَمِنْهُمْ مَنْ تَفَرَّدَ بِجِنْسٍ مِنْهَا، ومنهم من جلب في جميع صنوفها كعثمان وعبد الرحمٰن ـ رضي الله عنهما ـ فدلّ مما ذكرنا أن البيع مباح.

فصل

في تفسير قوله تعالى: ﴿لَا تَأْكُلُوٓاْ أَمْوَٰلَكُم بَيْنَكُم بِٱلْبَٰطِلِ إِلَّآ أَن تَكُونَ تِجَٰرَةً عَن تَرَاضٍ مِّنكُمْ﴾ [النساء: ٢٩] أما قوله: ﴿لَا تَأْكُلُوٓاْ﴾ فمعناه: لا تأخذوا، فعبّر عن الأخذ بالأكل، لأنه معظم ما يقصد بالأخذ، كما قال تعالى: ﴿إِنَّ ٱلَّذِينَ يَأْكُلُونَ أَمْوَٰلَ ٱلْيَتَٰمَىٰ ظُلْمًا﴾ [النساء: ١٠]، أي: يأخذون.

وأما قوله: ﴿أَمْوَٰلَكُم﴾ ففيه تأويلان:

أَحَدُهُمَا: أنه أراد مال كل إنسان في نفسه أن لا يأخذه فيصرفه في المحظورات.

والثاني: أنَّ معناه: لا يأخذ بعضكم مال بعض، كما قال تعالى: ﴿وَلَا تَقْتُلُوٓاْ أَنفُسَكُمْ﴾ [النساء: ٢٩] أي: لا يقتل بعضكم بعضاً.

وأما قوله تعالى: ﴿بِٱلْبَٰطِلِ﴾ ففيه ثلاثة تأويلات:

أحدها: أنه أراد أن يصرف في المحظورات.

والثاني: أنَّ المراد به أن لا يؤخذ بالانتهاب والغارات على عادتهم في الجاهلية.

والثالث: أن المراد بالباطل التجارات الفاسدة المألوفة عندهم في بيوع الجاهلية.

وأما قوله تعالى: ﴿إِلَّآ أَن تَكُونَ تِجَٰرَةً﴾. فلفظ إلاَّ موضوع في اللغة للاستثناء، ولكن اختلف الناس وأصحابُنا معهم في المراد به في هذا الموضع على أربعة أقوال:

أحدها: أنَّ إلاَّ في هذا الموضوع لم يرد بها الاستثناء، وإنما معناها: لكن فيصير تقدير الآية: لا تأكلوا أموالكم بينكم بالباطل ولكن كلوها تجارة عن تراض منكم، كقوله تعالى: ﴿وَمَا كَانَ لِمُؤْمِنٍ أَن يَقْتُلَ مُؤْمِنًا إِلَّا خَطَـًٔا﴾ [النساء: ٩٢] معناه: وما كان لمؤمن أن يقتل مؤمناً عمداً ولا خطأً، لكن إن قتله خطأً، فتحرير رقبة مؤمنة. وبهذا قال أبو إسحاق المروزي.

والثاني: أن معنى: إلَّا: في هذا الموضع معنىٰ: الواو، فيكون تقدير الآية: لا تأكلوا أموالكم بينكم بالباطل، وكلوها تجارة عن تراض، كقوله تعالى: ﴿لَوْ كَانَ فِيهِمَآ

(١) أخرجه الترمذي (١٢١٨)، وابن ماجه (٢١٩٨).

ءَالِهَةٌ إِلَّا ٱللَّهُ لَفَسَدَتَاۚ﴾ [الأنبياء: ٢٢] أي والله لفسدتا.

وقول الشاعر(١):

وَكُــلُّ أَخٍ مُــفَــارِقُــهُ أَخُــوهْ لَــعَــمْــرُ أَبِــيــكَ إِلاَّ الــفَــرْقَــدَانِ

أي والفرقدان أيضاً سيفترقان، ولو أراد الاستثناء لقال: إلا الفرقدين.

والثالث: أنَّ معنى إلاَّ، في هذا الموضع معنى الاستثناء، غير أنه من مُضْمَرٍ دَلَّ عليه مُظْهَرٌ، ليصح أن يكون استثناء من جنسه، فيكون تقدير الكلام: لا تأكلوا أموالكم بينكم بالباطل ولا بالتجارة، إلا أن تكون عن تراض منكم، وهذا قول من منع الاستثناء من غير جنسه، وجعلوا ذلك كقوله تعالى: ﴿أُحِلَّتْ لَكُم بَهِيمَةُ ٱلْأَنْعَٰمِ إِلَّا مَا يُتْلَىٰ عَلَيْكُمْ غَيْرَ مُحِلِّى ٱلصَّيْدِ وَأَنتُمْ حُرُمٌۗ﴾ [المائدة: ١] وإنما معناه: أُحلت لكم بهيمة الأنعام والصيد إلاَّ أنْ تكونوا محرمين، فيحرم عليكم الصيد.

والرابع: أن ذلك استثناء من غير جنسه، والدليل على جواز الاستثناء من غير جنسه ـ وهو أشبه بمذهب الشافعي ـ قوله تعالى: ﴿لَّا يَسْمَعُونَ فِيهَا لَغْوًا إِلَّا سَلَٰمًاۖ﴾ [مريم: ٦٢] وليس السلام من جنس اللغو.

وقال تعالى: ﴿فسجد الملائكة كلهم أجمعون إلا إبليس﴾ [الحجر: ٣٠] وليس إبليس من الملائكة. وقال تعالى: ﴿فَإِنَّهُمْ عَدُوٌّ لِّىٓ إِلَّا رَبَّ ٱلْعَٰلَمِينَ ﴿٧٧﴾﴾ [الشعراء: ٧٧] وتعالى الله أن يكون من جنس من استثنى منه.

وقال الشاعر(٢):

وَبَــلْــدَةٍ لَــيْــسَ بِــهَــا أَنِــيــسُ إِلَّا الــيَــعَــافِــيــرُ وإِلَّا الــعِــيــسُ

والأنيس: الناس: واليعافير: حمير الوحش، وقيل: الظباء، واحدها يعفور مقلوب أعفر. والعيس: الإبل. واستثنى الحمير والإبل من جملة الناس.

---

(١) البيت من الوافر، وهو لعمرو بن معديكرب في ديوانه (ص١٧٨)، الكتاب (٢/ ٣٣٤)، لسان العرب (١٥/ ٤٣٢ ـ ألا)، والممتع في التصريف (١/ ٥١)، والحضرمي بن عامر في تذكرة النحاة (ص٩٠)، وحماسة البحتري (ص١٥١)، والحماسة البصرية (٢/ ٤١٨)، وشرح أبيات سيبويه (٢/ ٤٦)، والمؤتلف والمختلف (ص٨٥)، وبلا نسبة في الأشباه والنظائر (٨/ ١٨٠)، الإنصاف (١/ ٦٨)، والجنى الداني (ص٥١٩)، وخزانة الأدب (٩/ ٣٢١)، رصف المباني (ص٩٢)، وشرح الأشموني (١/ ٢٣٤)، وشرح المفصل (٢/ ٨٩)، والعقد الفريد (٣/ ١٠٧)، ومغني اللبيب (١/ ٧٢)، والمقتضب (٤/ ٤٠٩)، وهمع الهوامع (١/ ٢٢٩).

(٢) الرجز لجران العود في ديوانه (ص٩٧)، وخزانة الأدب (١٠/ ١٥)، والدرر (٣/ ١٦٢)، وشرح أبيات سيبويه (٢/ ١٤٠)، وشرح التصريح (١/ ٣٥٣)، وشرح المفصل (٢/ ١١٧، ٣/ ٢٧، ٧/ ٢١)، المقاصد النحوية (٣/ ١٠٧)، وبلا نسبة في الأشباه والنظائر (٢/ ٩١)، والإنصاف (١/ ٢٧١)، وأوضح المسالك (٢/ ٢٦١)، والجنى الداني (ص١٦٤)، وجواهر الأدب (ص١٦٥)، وخزانة الأدب (٤/ ١٢١، ١٢٣ ـ ٧/ ٢٦٣ ـ ٩/ ٢٥٨)، ورصف المباني (ص٤١٧)، وشرح الأشموني (١/ ٢٢٩)، وشرح شذور الذهب (ص٣٤٤)، وشرح المفصل (٢/ ٨٠)، والمقتضب (٢/ ٣١٩)، وهمع الهوامع (١/ ٢٢٥).

وقال النابغة الذبياني[١]:

وَقَفْتُ فِيهَا أُصَيْلَالاً أُسَائِلُهَا عَيَّتْ جَوَاباً وَلاَ بالرَّبْعِ مِنْ أَحَدِ
إِلَّا أَوَارِيّ لأياً مَا أُبَيِّنُهَا وَالنُّؤيُ كَالحَوْضِ بِالمَظْلُومَةِ الجَلَدِ

فذكر أنه لم يبق بالربع أحد من الناس يسأله إلا الأواري، والعامة تقول: الأواري: هي المعالف.

وقال العَتَبِي: هي الحبال الممدودة يُشَدُّ عليها الدواب، وهو جمع واحدة أورى.

فصل

في تفسير قوله تعالى: ﴿وَأَحَلَّ ٱللَّهُ ٱلْبَيْعَ﴾ [البقرة: ٢٧٥] وذكر الشافعي معاني الآية مستوفاة جميعها في كتاب «الأمّ» بكلام وجيز، فقال: احتمل إحلالُ اللَّه تعالى البيع في هذه الآية معنيين:

أحدهما: أن يكون أحلَّ كل بيع تبايعه متبايعان جائزاً الأمر فيما يتبايعاه عن تراضٍ منهما، وهذا أظهر معانيه.

الثاني: أن يكون أحل البيع إذا كان مما لم ينه عنه رسول الله ﷺ المُبَيِّنِ عن اللَّهِ مَعْنى ما أَرَادَ. فيكون هذا من الجمل التي أَحْكَمَ فرضها في كتابه، وَبَيَّنَ كيف هي على لسان نبيّه، أو من العام الذي أُرِيدَ به الخاص، فَبَيَّنَ رسول الله ﷺ ما أراد بإحلاله منه وما حرّم، أو يكون داخلاً منهما، أو من العام الذي أباحه إلا ما حرم على لسان نبيِّهِ منه وما في معناه ـ ثم قال: وأيُّ هذه المعاني كانَ، فقد أَلْزَمَ اللَّهُ خَلْقَهُ، بما فرض من طاعَةِ رسوله، وأنَّ ما قِيلَ عَنْهُ فَعَنْ اللَّهِ قِيلَ، لأنَّهُ بكتاب اللَّهِ قِيلَ فهذا قول الشافعي في معنى الآية.

وجملته: أن للشافعي في معنى الآية أربعة أقاويل:

أحدها: أنَّها عامةٌ، وأنَّ لفظها لفظ عموم يتناول إباحة كل بيع إلاّ ما خَصَّهُ الدليل.

ووجه ذلك هو أن النبي ﷺ لما نهى عن بَيَّاعَاتٍ كانوا يستعملونها، ولم يقصد إلى بيان الجائز منها، وإنما قصد إلى بيان فاسدها منه فدلَّ بذلك على أن الآية قد شملت إباحة البَيَّاعَاتِ كلِّها، فاستثني ما لا يجوز منها.

فعلى هذا هل هي عموم أُريدَ به العموم؟ أو عموم أُريدَ به الخصوص؟ على قولين:

أحدهما: أنها عموم أُريدَ به العموم وإن دخله دليل التخصيص.

والثاني: أنها عموم أريدَ به الخصوص.

والفرق بينهما من وجهين:

أحدهما: هو أن العموم المطلق الذي يجري على عمومه وإن دخله التخصيص ما

---

(١) البيتان من البسيط، وهما في ديوان النابغة (ص١٤، ٢٠)، والأغاني (١١/ ٢٧)، وأسرار العربية (ص٢٠٨)، والإنصاف (١/ ١٧٠، ٢٧٨)، وخزانة الأدب (٢/ ١٢٢، ١٢٤ ـ ٣/ ٤٠٣، ٤٠٥ ـ ١١/ ٣٦)، الدرر (٣/ ١٥٩، ١٨١)، شرح أبيات سيبويه (٢/ ٥٤)، والجنى الداني (ص٥٩٩، ٥٦٣)، وشرح شواهد الإيضاح (ص١٩١)، شرح المفصل (٢/ ٨٠، ٨٥ ـ ٨/ ٤٨)، والكتاب (٢/ ٣٢١)، ولسان العرب (١١/ ١٧ ـ أصل، ١٤/ ١٨١ ـ حشا)، واللمع (ص١٥١)، والمقتضب (٤/ ٤١٤).

يكون المراد باللفظ أكثرُ، وما ليس بمراد باللفظ أقل، والعموم الذي أُريدَ به الخصوص ما يكون المراد باللفظ أقلُّ وما ليس بمراد باللفظ أكثرُ.

الثاني: أن البيان فيما أريد به الخصوص مُتَقَدّم على اللفظ، وفيما أُريد به العموم مُتَأَخِّرٌ عن اللفظ أو مقترن به.

وعلى كلا القولين يجوز الاستدلال بها على إباحة البيوع المختلف فيها، ما لم يقم دليل التخصيص على إخراجها من عمومها.

فصل

القول الثاني: إنها مجملة لا يعقل منها صحة بيع من فساده إلا ببيان من السنة ووجه ذلك: هو أن من البياعات ما يجوز، ومنها ما لا يجوز، وليس في الآية ما يتميز به الجائز من غير الجائز، فاقتضى أن يكون من المجمل الذي لا نعقل المراد من ظاهره إلا ببيان يقترن به. فعلى هذا اختلف أصحابنا. هل هي مجملة بنفسها؟ لتعارض فيها أو هي مجملة بغيرها؟ على وجهين:

أحدهما: مجملة بنفسها لتعارض فيها. وذلك أن قوله: ﴿وَأَحَلَّ اللَّهُ الْبَيْعَ﴾ يقتضي جواز البيع متفاضلاً، وقوله: ﴿وَحَرَّمَ الرِّبَوٰاْ﴾ يقتضي تحريم البيع متفاضلاً، فصار آخرها معارضاً لأوَّلِها، فوقع الإجمال فيها بنفسها.

الثاني: أنها مجملة بغيرها، وذلك أنها تقتضي جواز كل بيع من غرر، ومعدوم، وغيره. وقد وردت السنة بالمنع من بيع الغَرَرِ، والمُلامَسَةِ، والمُنَابَذَةِ، وغير ذلك فصارت السنة معارضة لها، فوقع الإجمال فيها بغيرها. فإذا ثبت أنها مجملة بنفسها على أحد الوجهين، أو بغيرها على الوجه الثاني، فقد اختلف أصحابنا:

هل وقع الإجمال في صيغة لفظها وفي المعنى المراد بها؟ أو وقع الإجمال في المعنى المراد بها دون صيغة لفظها؟

على وجهين:

أحدهما: أن الإجمال في المعنى دون اللفظ، لأن لفظ البيع، اسم لغوي لم يرد من طريق الشرع، ومعناه معقول، إلا أنه لما قام بإزائه ما يُعَارِضُهُ تدافع العمومان، ولم يتعين المراد منهما إلا بالسنة، صارا مجملين لهذا المعنى، لأنّ اللفظ مُشْكِل المعنى.

الثاني: أن اللفظ مجمل، والمعنى المراد به مُشْكِلٌ، لأنه لما لم يكن المراد باللفظ ما وقع عليه الاسم، وصار مضمّناً بشرائط لم تكن معقولة في اللغة، خرج اللفظ بالشرائط عن موضوعه في اللغة إلى ما استقرت عليه شرائط الشرع، وإن كان له في اللغة معاني معقولة، كما قلنا في الصلاة: إنها مجملة، لأنها مضمنة بشرائط لم تكن معقولة في اللغة، وإن كان فيها معاني معقولة في اللغة كالخضوع وما يقع فيها من الدعاء، فكذلك لفظ البيع.

وعلى كلا الوجهين لا يجوز الاستدلال بها على صحة بيع من فساده، وإن دلت على إباحة البيع في أصله. وهذا فرقٌ ما بين العموم والمجمل، حيث جاز الاستدلال بظاهرة العموم، ولم يجز الاستدلال بظاهر المجمل. والله أعلم.

فصل

والقول الثالث: أنه داخل فيهما جميعاً، فيكون عموماً دخله الخصوص، ومجملاً لحقه التفسير، لقيام الدلالة عليهما.

فاختلف أصحابنا في وجه دخول ذلك فيهما على ثلاثة أوجه: **أحدها**: أنّ العموم في اللفظ والإجمال في المعنى. فيكون اللفظ عموماً دخله الخصوص، والمعنى مجملاً لحقه التفسير.

الثاني: أن العموم في أوّل الآية، وهو قوله تعالى: ﴿وَأَحَلَّ ٱللَّهُ ٱلْبَيْعَ﴾ والإجمال في آخرها، وهو قوله تعالى: ﴿وَحَرَّمَ ٱلرِّبَوٰأْ﴾ فيكون أول الآية عاماً دخله التخصيص، وآخرها مجملاً لحقه التفسير.

الثالث: أن اللفظ كان مجملاً، فلما بينه النبي ﷺ صار عامّاً. فيكون داخلاً في المجمل قبل البيان، وفي العموم بعد البيان. فعلى هذا الوجه يجوز الاستدلال بظاهرها في البيوع المختلف فيها كالقول الأول. وعلى الوجهين الأولين: لا يجوز الاستدلال بظاهرها في البيوع المختلف فيها كالقول الثاني.

فصل

والقول الرابع: أنها تناولت بيعاً معهوداً، ونزلت بعد أن أحلّ النبي ﷺ بيوعاً وحرم بيوعاً، وكان قوله: ﴿وَأَحَلَّ ٱللَّهُ ٱلْبَيْعَ﴾ يعني: الذي بَيَّنَهُ الرسول من قبلُ، وعرفهُ المسلمون منه، فَتَرَتَّبَ الكتابُ على السنةِ، وتناولت الآية بيعاً معهوداً.

وإنما كان كذلك، لأن الله تعالى قال: ﴿وَأَحَلَّ ٱللَّهُ ٱلْبَيْعَ﴾ فأدخل فيه الألِفَ واللامَ، وذلك يدخل في الكلام لأحد أمرين. إما لجنس، أو معهود. فلما لم يكن الجنس مراداً، لخروج بعضه منه، ثبت أنّ المعهود مراد. فعلى هذا، لا يجوز الاستدلال بظاهرها على صحة بيع ولا فساده، بل يرجع في حكم ما اختلف فيه إلى الاستدلال بما تقدمها من السنة التي عرف بها البيوع الصحيحة من الفاسدة. وإذا كان كذلك صار الفرق بينه وبين المجمل من وجه واحد. وبينه وبين العموم من وجهين.

فأما الوجه الذي يقع به الفرق بينه وبين المجمل:

فهو أن بيان النبي ﷺ فيما نهى عنه من البيوع وأمر به سابق للآية. وبيان المجمل مقترن باللفظ، أو متأخر عنه على مذهب من يجوّز تأخير البيان فافترقا من هذا الوجه.

أما الوجهان اللذان يقع بهما الفرق بينه وبين العموم:

فأحدهما: ما مضى من تقديم البيان في المعهود، واقتران بيان التخصيص بالعموم.

والثاني: جواز الاستدلال بظاهر العموم فيما اختلف فيه من البيوع، وفساد الاستدلال بظاهر المعهود فيما اختلف فيه من البيوع.

فصل:

فإذا تقرر إحلال البيوع في الجملة. فحقيقة البيع في اللسان: تبدل شيء بشيء.

وحقيقته في الشرع: نقل ملك بعوض على الوجه المأذون فيه. وإنما قلنا: نقل ملك، احترازاً مما لا يملك، وممن لا يملك. وقلنا: بعوض احترازاً من الهبات،

ومما لا يجوز أن يكون عوضاً. وقلنا: على الوجه المأذون فيه، احترازاً من البيوع المنهى عنها كالملامسة والمنابذة.

وإذا كان ذلك حقيقة البيوع الجائز في الشرع.

فقد اختلف الناس: هل البيوع الجائزة من أجْلِ المكاسب وأَطيبها؟ أو غيرها من المكاسب أجلُّ منها؟

فقال قوم: الزراعات أجلّ المكاسب كلِّها، وأطيب من البيوع وغيرها، لأن الإنسان في الاكتساب بها أحسن توكُّلاً، وأقوى إخلاصاً، وأكثر لأَمْرِ اللَّهِ تعالى تفويضاً وتسليماً.

وقال آخرون: إنَّ الصناعات أجلّ كسباً منها وأطيب من البيوع وغيرها، لأنها اكتساب تنال بِكَدّ الجسم وإتعاب النفس، وقد روي عن النبي ﷺ أنه قال: «إنَّ اللَّهَ يُحِبُّ العَبْدَ المُحْتَرِفَ»(١) فظاهر الاحتراف بالنفس دون المال.

وقال آخرون: البِيَاعَاتَ أجَلّ المكاسب كلّها، وأطيبُ من الزراعات وغيرها، وهو أشبه بمذهب الشافعي والعراقيين، حتى أن محمد بنَ الحسن قيل له: هَلاَّ صنعت كتاباً في الزهد، قال: قد فعلت، قيل: فما ذلك الكتاب؟ قال: هو كتاب البيوع. والدليل على أن البيوع أجلّ المكاسب كلها إذا وقعت على الوجه المأذون فيه: إن الله عز وجل صرح في كتابه بإحلالها، فقال ﴿وَأَحَلَّ ٱللَّهُ ٱلْبَيْعَ﴾ ولم يُصرِّحْ بإحلال غيرها، ولا ذكر جوازها وإباحتها.

وروت عائشة قالت: قال رسول الله ﷺ: «أَطْيَبُ مَا أَكَلَ الرَّجُلُ مِنْ كَسْبِهِ»(٢) والكسب في كتاب الله التجارة. وروى رافع بن خديج قال: قال رجل: يا رسول الله أيُّ العملِ أطيبُ؟ فقال: «عَمَلُ الرَّجُلِ بِيَدِهِ وَكُلّ بَيْعٍ مَبْرور»(٣).

ولأنَّ البيوعَ أكثر مكاسب الصحابةِ، وهي أظهر فيهم من الزراعة والصناعة. ولأنَّ المنفعة بها أعم، والحاجة إليها أكثرُ، إذ ليس أحد يستغني عن ابتياع مأكول أو ملبوس، وقد يستغني عن صناعة وزراعة.

فإن قيل: فقد روى سلمان فقال: قال رسول الله ﷺ «لاَ تَكُنْ أَوَّلَ مَنْ يَدْخُلُ السُّوقَ وَلاَ آخِرَ مَنْ يَخْرُجُ مِنْهَا، فَإِنَّ فِيهَا بَاضَ الشَّيْطَانُ وَفَرخَ»(٤) فاقتضى أن يكون البيع مكروهاً، ليصح أن يكون عن ملازمته منهياً.

---

(١) أخرجه الطبراني في «الكبير» (١٢/ ٣٠٨)، وقال الهيثمي في «مجمع الزوائد» (٤/ ٦٢): «وفيه عاصم ابن عبيد الله، وهو ضعيف، وابن عدي في «الكامل» (١/ ٣٦٩)، وابن الجوزي في «العلل المتناهية» (٢/ ٩٩).

(٢) أخرجه أحمد (٦/ ٣١، ٤٢، ١٢٧)، والدارمي (٢/ ٢٤٧)، وأبو داود (٣٥٢٨)، والنسائي (٤٤٤٩)، وابن ماجه (٢١٣٧)، وابن حبان (١٠٩١)، والحاكم (٢/ ٤٦)، وعبد الرزاق (١٦٦٤٣)، وابن أبي شيبة (٧/ ١٥٧).

(٣) أخرجه أحمد (٤/ ١٤١)، والحاكم (٢/ ٢٠)، والطبراني (٤/ ٣٣٠).

(٤) أخرجه الطبراني في «الكبير» (٦/ ٣٠٩)، وابن الجوزي في «العلل المتناهية» (٢/ ١٠٠)، والخطيب في «تاريخه» (١٢/ ٤٢٦).

قيل: هذا غلط، كيف يصح أن يكره ما صرح اللَّهُ بإحلاله في كتابه؟ وإنَّما المراد بذلك أن لا يصرف أكثر زمانه إلى الاكتساب، ويشتغل به عن العبادةِ حتى يصير إليه منقطعاً، وبه متشاغلاً، كما روي عن الإمام علي بن أبي طالب كَرَّمَ اللَّهُ وَجْهَهُ أن رسول الله ﷺ «نَهَى عَنِ السَّوْمِ قَبْلَ طُلُوعِ الشَّمْسِ»[(١)] يريد أن لا يجعله أكبر همه، حتى يبتدىء به في صدر يومه، لا أنه حرام.

فإن قيل: فقد روي عن النبي ﷺ أنه قال: «يا تُجارُ كُلُّكُمْ فُجَّارٌ إلاَّ مَن أخذ الْحَقَّ وأَعْطَى اْلْحَقَّ»[(٢)] فجعل الفجور فيهم عموماً، ومعاطاة الحق خصوصاً، وليست هذه صفات أجل المكاسب.

قيل: إنما قال ذلك، لأن من البيوع ما يحل، ومنها ما يحرم، ومنها ما يستحب ومنها ما يكره، كما روي عنه ﷺ أنه قال: «لَوْ اتَّجَرَ أَهْلُ الْجَنَّةِ فِي الجَنَّةِ مَا اتَّجَرُوا إلاَّ فِي البُرِّ، وَلَوِ اتَّجَرَ أَهْلُ النَّارِ مَا اتَّجَرُوا إلاَّ فِي الصَّرْفِ»[(٣)] قال ذلك استحباباً لتجارة البر، وكراهة لتجارة الصرف.

وقد روى عبد الله بن عمرو بن العاص قال: قال رسول الله ﷺ: «مَنْ كَانَ يَبِيعُ الطَّعَامَ وَلَيْسَ لَهُ تِجَارَةٌ غَيْرَهُ، حَاطَ، أَوْ بَاعَ، أَوْ طَاغَ، أَوْ زَاغَ»[(٤)]، يريد بذلك كراهة التفرد بالتجارة في هذا الجنس.

وليس كلامنا فيما كره منها، وإنما الكلام فيما استحب منها، وهو ما استثناه رسول الله ﷺ منها.

فصل

فإذا ثبت ما ذكرنا في حقيقة البيع وانتقال الملك به. فقد ذكر الشافعي في كتاب «الأم»[(٥)] ما يلزم به البيع وما يجوز أن يفسخ به البيع. فقال: وجماع ما يجوز من كلّ بيع آجِلٍ وعاجِلٍ، وما لزمه اسم بيع بوجه، لا يلزم البائع والمشتري حتى يجتمعا أن يتبايعاه برضا منهما بالتبايع به ولا يعقداه بأمر منهي عنه، ولا على أمر منهي عنه، وأن يتفرّقا بعد تبايعهما عن مقامهما الذي تبايعا فيه على التراضي بالبيع، فإذا اجتمع هذا لزم كلَّ واحد منهما البيعُ فلم يكن له رده إلا بخيار، أو في عيب يجده، أو شرط يشترطه، أو خيار الرؤية ـ إن جاز خيار الرؤية ـ ومتى لم يكن هذا لم يقع البيع بين المتبايعين. وحكى المزنيّ عن الشافعي في جامعه الكبير: مثله سواء فأراد الشافعي بهذه الجملة أن يبيّن شروط العقد، وشروط الرد.

---

(١) أخرجه ابن ماجه (٢٢٠٦)، وابن عدي في «الكامل» (٣/ ٩٩٥).

(٢) أخرجه الترمذي (١٢١٠)، وابن ماجه (٢١٤٦)، والحاكم (٢/ ٧).

(٣) موضوع. أورده الفتني في «تذكرة الموضوعات» (برقم (١٣٥).

(٤) أخرجه ابن عدي في «الكامل» (١/ ٢٨٥).

(٥) انظر الأم (٣/ ٢، ٣).

فأما شروط العقد التي يصير بها لازماً فأربعة:

أحدها: أن يتبايعاه برضا منهما بالتبايع به حتى لا يكونا مكرهين ولا أحدهما، لأن بيع المكره لا يصح.

والثاني: أن لا يعقداه بأمر منهي عنه يعني بذلك الأجل المجهول والشروط المبطلة للعقود، وما ورد النهي في تحريمه من البيوع كالملامسة والمنابذة.

والثالث: أن لا يعقداه على أمر منهي عنه، يعني بذلك الأعيان المحرمة كالخمر والخنزير، وما لا منفعة فيه كالهوام والحشرات.

وهذه الثلاثة هي شروط في صحة العقد، فمتى أخلَّ بشرط منها، فسد العقد.

والرابع: أن يفترقا بعد تبايعهما عن مقامهما الذي تبايعا فيه على التراضي بالبيع.

وهذا شرط في لزوم العقد بعد وقوع صحته.

وكان ابن المرزبان وغيره من أصحابنا يضمون إلى الأربعة شرطاً خامساً: وهو أن يكون المتبايعان جائزي الأمر، فلا يكونا، ولا أحدهما محجوراً عليه بصغر أو جنون، أو سفه، لأن بيع المحجور عليه باطل. وامتنع سائر أصحابنا من تخريج هذا الشرط الخامس.

وأجابوا عنه بجوابين:

أحدهما: أن هذا شرط في البائع لا في البيع، والشافعي إنما ذكر شروط البيع، وهذا جواب البغداديين.

والثاني: وهو جواب البصريين أن ذلك داخل في جملة الشرط الثاني وهو أن لا يعقداه بأمر منهي عنه، لأن عقد المحجور عليه منهي عنه، فلم يحتج أن يجعله شرطاً خامساً. وهذا أصح الجوابين، لأن الشافعي قد ذكر في الشرط الأول أن يعقداه عن تراض، وهذا شرط في البائع دون البيع. فهذه شروط العقد.

فأما شروط الرد وما يكون به الفسخ فأربعة أيضاً:

أحدها: الخيار الموضوع للفسخ، وهو أحد خيارين: إما خيار المجلس أو خيار الثلاث.

والثاني: وجود العيب بالمبيع، فيستحق به خيار الفسخ.

والثالث: شرط يشترطه في العقد فيعقده، مثل أن يشترط في العقد رهناً في الثمن به أو كفيلاً به، فيمتنع المشتري من دفع الرهن فيه أو الكفيل به، فيكون للبائع الفسخ، أو يشترط المشتري في ابتياع العبد أنه ذو صنعة، فيجده لا يحسنها فيكون للمشتري الفسخ.

والرابع: الرؤية في بيع العين الغائبة على خيار الرؤية، إذا قيل بجوازه، فيستحق به الفسخ على ما سيأتي. فهذه شروط الرد مع ما تقدم من شروط العقد.

مسألة(١): قَالَ الشَّافِعِيّ رَحِمَهُ اللَّهُ تَعَالَى: «فَإِذَا عَقَدَا بَيْعاً مِمَّا يَجُوزُ وَٱفْتَرَقَا عَنْ تَرَاضٍ مِنْهُمَا بِهِ لَمْ يَكُنْ لأَحَدٍ مِنْهُمَا رَدُّهُ إلاَّ بِعَيْبٍ أَوْ بِشَرْطِ خِيَارٍ. قال المزني: وَقَدْ أَجَازَ فِي الإِمْلاَءِ وَفِي كِتَابِ الْجَدِيدِ وَالْقَدِيمِ وَفِي الصَّدَاقِ وَفِي الصُّلْحِ خيارَ الرُّؤْيَةِ وَهَذَا كُلّهُ غَيرُ جَائِزٍ في مَعْنَاهُ. قال المزني: وَهَذَا بِنَفْيِ خِيَارِ الرُّؤْيَةِ أَولَى بِهِ إِذْ أَصْلُ قَوْلِهِ

---

(١) انظر الأم (٢/١٢٧، ١٢٨).

وَمَعْنَاهُ أَنَّ البَيْعَ بَيْعَانِ لاَ ثَالِثَ لَهُمَا صِفَةٌ مَضْمُونَةٌ وَعَيْنٌ مَعْرُوفَةٌ وَأَنَّهُ يُبْطِلُ بَيْع الثَّوْبِ لَمْ يُرَ بَعْضُهُ لِجَهْلِهِ بِهِ فَكَيْفَ يُجِيزُ شِرَاءَ مَا لَمْ يُرَ شَيْئاً مِنْهُ قَطُّ وَلاَ يَدْرِي أَنَّهُ ثَوْبٌ أَمْ لاَ حَتَّى يَجْعَلَ لَهُ خِيَارَ الرُّؤْيَةِ».

قال في الحاوي: هذا كما قال: البيوع نوعان: بيع رقبة، وبيع منفعة:

فأما بيع المنافع فهو الإجارات، وقد قال الشافعي: إنها صنف من البيوع، ولها كتاب:

وأما بيع الرقاب، فضربان:

بيوع أعيان، وبيوع صفات: فأما بيوع الصفات: فالسلم، وله باب. وأما بيوع الأعيان، فضربان: عين حاضرة، وعين غائبة. فأما العين الحاضرة، فبيعها جائز. وأما العين الغائبة فعلى ضربين: موصوفة، وغير موصوفة: فإن كانت غير موصوفة، فبيعها باطل. وإن كانت موصوفة ففي جواز بيعها قولان: وقال أبو حنيفة: يجوز بيع العين الغائبة موصوفة كانت أو غير موصوفة. وقال مالك: يجوز بيعها موصوفة، ولا يجوز بيعها غير موصوفة.

الأدلة: استدل من أجاز بيع العين الغائبة:

بعموم قوله تعالى: ﴿وَأَحَلَّ ٱللَّهُ ٱلْبَيْعَ﴾.

وبما روى هشام عن محمد بن سيرين عن أبي هريرة عن رسول الله ﷺ ـ أنه قال «مَنْ اشْتَرَى مَا لَم يَرَهُ فَهُوَ بِالْخِيَارِ إِذَا رآهُ»[١]. وقالوا: ولأنه إجماع الصحابة: روي أن عثمان بن عفان وطلحة بن عبيد الله ـ رضي الله عنهما ـ تناقلا دارين: إحداهما بالكوفة، والأخرى بالبصرة، فقيل لعثمان: غبنت فقال: لا أبالي لي الخيار إذا رأيتها، فترافعا إلى جبير بن مطعم، فقضى بالخيار لطلحة[٢].

وروي أن عبد الله بن عمر اشترى أرضاً لم يرها. وروي أن عبد الرحمٰن بن عوف اشترى إبلاً لم يرها[٣].

فصار هذا قول خمسة من الصحابة، وليس لهم مخالف، فثبت أنه إجماع. ولأنه عقد معاوضة، فوجب أن لا يمنع منه فقد رؤية المعقود عليه كالنكاح.

ولأن فقد رؤية المبيع ليس فيه أكثر من الجهل بصفات المبيع، والجهل بصفات المبيع، لا يمنع من صحة العقد عليه، وإنما يثبت الخيار فيه كالمبيع إذا ظهر على عيبه والمفقود للرؤية بقشره، ولأن الرؤية لو كانت شرطاً في بيوع الأعيان كالصفة في بيوع الصفات لوجب أن يكون رؤية جميع المبيع شرطاً في صحة العقد، كما أن صفة جميع السلم فيه شرط في صحته، فلما كان مشتري الصبرة إذ رأى بعضها جاز له أن يبتاع جميعها، علم أن الرؤية ليست شرطاً في بيوع الأعيان. ولأن الرؤية لو كانت شرطاً في صحة العقد. لكان وجودها شرطاً في حال العقد، ولم يستغن برؤية تقدمت العقد، كالصفات في السلم، وذكر الثمن، فلما صح العقد بالرؤية المتقدمة على العقد ثبت

(١) أخرجه الدارقطني (٣/ ٤، ٥)، والبيهقي في «الكبرى» (١٠٤٢٥).

(٢) أخرجه البيهقي في «الكبرى» (١٠٤٢٤).

(٣) أخرجه البيهقي في «الكبرى» (١٠٤٢٣).

أنها ليست بشرط في صحة العقد.

والدلالة على بطلان البيع: رواية أبي الزناد عن الأعرج عن أبي هريرة أن النبي ﷺ «نَهَى عَنْ بَيْعِ الغَرَرِ»[١]. وحقيقة الغرر؛ ما تردد بين جائزين أخوفهما أغلبهما.

وبيع خيار الرؤية غرر من وجهين:

أحدهما: أنه لا يعلم هل المبيع سالم أو هالك؟

والثاني: أنه لا يعلم هل يصل إليه أو لا يصل؟

وروي عن النبي ﷺ أنه «نَهَى عَنْ بَيْعِ غَائِبٍ بِنَاجِزٍ»[٢]، ولم يفصل بين صرف وغيره، فهو على عمومه.

وروي عن النبي ﷺ أنه «نَهَى عَنْ بَيْعِ المُلاَمَسَةِ»[٣]، فالملامسة: بيع الثوب المطوي. فإذا نهى عن الملامسة لجهلٍ بالمبيع، وإن كان الثوب حاضراً، كان بطلانه أولى إذا كان غائباً. ولأن بيع الصفة إذا عُلِّقَ بالعَيْنِ بطل، كذلك بيع العين إذا عُلِّقَ بالصفة بطل.

وتحريره قياساً: أنه بيع عين بصفة، فوجب أن يكون باطلاً، كالسلم في الأعيان.

ولأنَّ الاعتماد في السلم على الصفة، والاعتماد في بيع الأعيان على الرؤية؛ لأنَّ السلم يصير معلوماً بالصفة، كما أن العين تصير معلومة بالرؤية.

فإذا تقرر أن السلم إذا لم يوصف حتى يصير السلم فيه معلوماً بطل العقد، وجب إذا لم ير العين حتى تصير معلومة بالرؤية أن يبطل العقد، إذ الإخلال بالرؤية في المرئيات كالإخلال بالصفة في الموصوفات. وتحرير ذلك قياساً: إن جهل المشتري بصفات المبيع يمنع صحة العقد كالسلم إذا لم يوصف. ولأنه بيع مجهول الصفة عند المتعاقدين فوجب أن يكون باطلاً، كقوله: بعتك عبداً أو ثوباً.

فإن قيل: إنما بطل إذا باعه عبداً، لا أنه غير معين ولا يمكن تسليمه لأنه بطل لكونه مجهول الصفة. قيل: فلا يصح أن يكون بطلانه لكونه غير معين، لأن السلم يصح وهو غير معين، فثبت أنه بطل لكونه مجهول الصفة، ويمكن تسليم عبد وسط.

ولأنه بيع عين لم ير شيئاً منها، فوجب أن لا يصح كالسمك في الماء والطير في الهواء. ولأنه خيار ممتد بعد المجلس غير موضوع لاستدراك الغبن، فوجب أن يمنع صحة العقد، أصله إذا اشترط خياراً مطلقاً.

فأما الجواب عن الاستدلال بالآية: إنْ سُلِّمَ أَنَّها عامة فخصصها بما ذكرنا من الأدلّة.

وأما الجواب عن حديث أبي هريرة:

فقد قال الحفاظ من حملة الآثار والجَهَابِذَةُ من نَقَلَة الأخبار: أنّ عمر بن إبراهيم الأهوازي تفرد بروايته، وهو مشهور باختراع الأحاديث ووضعها، ومن كانت هذه منزلته، فغير ملتفت إلى روايته. على أنه لو صح، لأمكن استعماله من ثلاثة أوجه:

---

(١) أخرجه مسلم (٤/ ١٥١٣)، وأبو داود (٣٣٧٦)، والترمذي (١٢٣٠)، وابن ماجه (٢١٩٤)، والنسائي (٤٥١٨)، وأحمد (٢/ ٢٥١).

(٢) أخرجه أحمد (٣/ ٥١).

(٣) أخرجه البخاري (٢١٤٦)، ومسلم (١/ ١٥١١).

أحدها: أن قوله «مَنِ اشْتَرَى مَا لَمْ يَرَهُ فَهُوَ بِالْخَيَارِ إِذَا رَآهُ» في الاستئناف للعقد عليه، لا في استصحاب العقد المتقدم منه.

والثاني: أنه محمول على السلم الذي لم يره، فهو بالخيار إذا رآه ناقصاً عن الصفة.

والثالث: أنه محمول على من اشترى ما لم يره في حال العقد إذا كان قد رآه قبل العقد، فهو بالخيار إذا وجده ناقصاً فيما بعد.

أما الجواب عما ذكره من الإجماع: فقد خالف فيه عمر، فبطل أن يكون إجماعاً يحتج به، أو دلالة تلزم، ولو لم يكن عمر مخالفاً، لكان قول خمسة لا يعلم انتشاره في جميعهم، والقياس يخالفه، فوجب أن يقدم عليه.

وأما الجواب عن قياسهم على النكاح، فالفرق بينهما يمنع من صحة الجمع، وهو أن الرؤية موضوعة لاستدراك الصفة وليس المقصود في النكاح صفة المنكوحة، وإنما المقصود فيه الوصلة، ألا تراه لو وجدها معيبة لم يكن له خيار، فكذلك لم يكن الجهل بصفاتها مانعاً من صحة العقد عليها، وصفات المبيع مقصودة في البيع، بدليل أنه لو وجده معيباً كان له الخيار، وكذلك كان الجهل بصفاته مانعاً من صحة العقد عليه.

على أن أبا حنيفة قد فرّق بين النكاح والبيع في الرؤية، فقال: عقد النكاح لازم قبل الرؤية، وعقد البيع في العين الغائبة لا يلزم إلا بالرؤية. فيقال له: لما كانت الرؤية شرطاً في لزوم البيع، كانت شرطاً في انعقاده، ولما لم تكن الرؤية شرطاً في لزوم البيع، كانت شرطاً في انعقاده، ولما لم تكن الرؤية شرطاً في لزوم البيع، كانت شرطاً في انعقاده، ولمّا لم تكن الرؤية شرطاً في لزوم النكاح، لم تكن شرطاً في انعقاده.

وأما الجواب عن قولهم: إن فقد الرؤية يوقع الجهل بصفات المبيع، والجهل بصفات المبيع، يوجب الخيار، ولا يوجب فساد العقد كالمعيب والمستور بقشره. فهو أن المعيب والمستور بقشره قد جهل بعض صفاته، والغائب قد جهل جميع صفاته، والجهل ببعض الصفات لا يساوي حكم الجهل بجميعها، لأمرين:

أحدهما: أنه قد يستدل بالأمر المشاهد على ما ليس بمشاهد، فيصير الكل في حكم المعلوم وليس كذلك الغائب الذي لم يشاهد شيئاً منه.

والثاني: أن الرؤية على ضربين: رؤية لا تلحق فيها المشقة وهي رؤية الجمل دون جميع الأجزاء، ورؤية تلحق فيها المشقة وهي رؤية جميع الأجزاء كالعيوب الخفية والمأكولات التي في قشورها. فالرؤية التي تجب وتكون شرطاً في صحة العقد، هي رؤية الجملة لعدم المشقة فيها دون رؤية جميع الأجزاء لوجود المشقة فيها.

وأما الجواب عن قولهم: لو كانت الرؤية شرطاً كالصفة، لوجب أن تكون رؤية الجميع شرطاً كالصفة: فهو أن رؤية البعض قد أقيمت في الشرع مقام رؤية الكل، بدليل أن ما لم يشاهد منه لا خيار فيه إذا شوهد إلا بوجود عيب، ولو لم يكن كالمشاهد، لثبت فيه الخيار كالغائب، وليس كذلك الصفة؛ لأن صفة البعض لم يَجْرِ عليها في الشرع حكم صفة الكل، فافترقا من حيث ظن أنهما قد اجتمعا.

وأما الجواب عن قولهم: لو كانت الرؤية شرطاً، لكان وجودها حال العقد شرطاً

كالصفة في السلم. فهو أن الرؤية قبل العقد تجعل المبيع معلوماً في حال العقد، والصفة قبل العقد لا تجعل المسلم فيه معلوماً في حال العقد، فلذلك لزم أن تكون الصفة مع العقد، ولم يلزم أن تكون الرؤية مع العقد.

فصل

فإذا ثبت أن بيع العين الغائبة باطل إذا لم توصف، ففي جواز بيعها إذا وصفت قولان:

أحدهما: يجوز. نص عليه في ستة كتب: في القديم، والإملاء، والصلح، والصداق، والصرف، والمزارعة، وبه قال جمهور أصحابنا.

الثاني: أنه لا يجوز، وهو أظهرهما نص عليه في ستة كتب: في الرسالة، والسنن، والإجارة، والغصب، والاستبراء، والصرف في باب العروض. وبه قال حماد بن أبي سليمان، والحكم بن عتيبة، وهو اختيار المزني والربيع، والبويطي.

وقد يدخل توجيه القولين فيما تقدم من الحجاجين. فأما المزني: فإنه احتج من قول الشافعي على بطلان بيع العين الغائبة، بشيئين:

أحدهما: أن قال: أصل قوله ومعناه: أن البيع بيعان لا ثالث لهما: صفة مضمونة، وعين معروفة.

والثاني: أن قال: فإنه يبطل بيع الثوب يرى بعضه، فكيف يجيز شري ما لم ير شيئاً منه قط، ولا يدري أنه ثوب أم لا، حتى يجعل له خيار الرؤية.

والجواب عما ذكره من الفصل الأول من وجهين:

أحدهما: أن الشافعي إنما قال: البيع بيعان لا ثالث لهما، على القول الذي لا يجيز فيه بيع خيار الرؤية. فأما على القول الأخير، فقد قال في كتاب الصرف في باب بيع العروض ولا يجوز من البيوع إلا ثلاثة: بيع عين حاضرة، وبيع عين غائبة، فإذا رآها المشتري فله الخيار، وصفة مضمونة، فبطل هذا.

والثاني: أن الشافعي قصد بقوله: البيع بيعان، الفرق بين بيوع الصفات المضمونة في الذمم، وبين بيوع الأعيان غير المضمونة في الذمم. وهذا ينقسم قسمين: عين حاضرة، وعين غائبة.

وأما الفصل الثاني: في بيع الثوب يرى بعضه: فقد اختلف أصحابنا فيه على وجهين:

أحدهما: وهو قول أبي إسحاق المروزي أن الشافعي إنما أبطل بيع الثوب يرى بعضه، على القول الذي لا يجيز فيه بيع خيار الرؤية، فأما على القول الذي يجيزه، فهذا البيع أجوز، وكيف يجيز بيع ما لم ير شيئاً منه؟ ولا يجيز بيع ذلك الشيء وقد رأى بعضه؟ هذا مما لا يتوهم على الشافعي. فعلى هذا يسقط احتجاج المزني به.

الثاني: وهو قول كثير من أصحابنا البصريين وغيرهم أن بيع الثوب يرى بعضه لا يجوز على القولين معاً. والفرق بينه وبين العين الغائبة من وجهين:

أحدهما: أن الثوب إذا رأى بعضه اجتمع فيه حكمان مختلفان، لأن ما رأى منه لا خيار له فيه، وما لم ير منه له فيه الخيار، فصارا حكمين متضادين جمعهما عقد واحد،

فبطل، وليس كذلك إذا كان غائباً كله.

والثاني: أن بيع العين الغائبة إنما أجيز على خيار الرؤية، للضرورة الداعية عند تعذر الرؤية، لينفع النفع العاجل للبائع بتعجيل الثمن، وللمشتري بالاسترخاص وليس كذلك في العين الحاضرة؛ لأن الضرورة ليست داعية إليه ولا الرؤية متعذرة منه.

فصل

فإذا تقرر أن بيع العين الغائبة إذا وصفت على قولين: فإن قيل: إن بيعها غير جائز فلا تفريع عليه. وإن قيل: إن بيعها جائز إذا وصفت، فلا يخلو حال البائع الواصف لها من أحد أمرين: إما أن يكون قد وصفها عن مشاهدة، أو عن صفة فإن كان قد وصفها عن مشاهدة، جاز. وإن كان قد وصفها عن صفة؛ لأنه كان قد وكل في ابتياعها وكيلاً، ووصفها الوكيل له بعد الابتياع من غير مشاهدة، ثم وصفها البائع عن صفة الوكيل، ففي جواز ذلك وجهان:

أحدهما: أنه جائز؛ لأنه لما جاز أن يشتري المشتري بالصفة من غير رؤية؛ جاز أن يبيع البائع بالصفة من غير رؤية.

الثاني: أنه لا يجوز، وبه قال ابن أبي هريرة لأمرين: **أحدهما**: أن المبيع إذا لم يره البائع والمشتري، كان أكثر غرراً، وإذا لم يره المشتري وحده، كان أقل غرراً، والغرر إذا قل في العقد عفي عنه، وإذا كثر لم يعف عنه.

والثاني: أن البائع إذا وصفها من غير رؤية، صار بائعاً لها بصفة عن صفة. وذلك غير جائز كالأعمى في بيوع الأعيان لا يصح منه؛ لأنه يبيعها بصفة عن صفة. فعلى هذين التعليلين لو كان المشتري قد رأى المبيع ولم يره البائع لكن وصفه له، فعلى الأول يجوز لقلة الغرر برؤية أحدهما، وعلى التعليل الثاني لا يجوز، لأنه يصير بائعاً بصفة عن صفة.

فصل

فأما كيفية الصفة: فلا بد من ذكر الجنس والنوع.

فالجنس أن يقول: عبد أو ثوب. والنوع أن يقول في الثوب: إنه قطن أو كتان، وفي العبد أن يقول: رومي أو زنجي، ليصير المبيع معلوم الجملة عند المشتري وهل يحتاج مع ذكر الجنس والنوع إلى ذكر الصفة أم لا؟ على وجهين:

أحدهما: لا يحتاج إلى ذكر الصفة، ويجوز أن يقتصر على ذكر الجنس والنوع؛ لأنه مبيع لم يتعلق بالذمة، فلم يحتج إلى صفة كسائر الأعيان.

الثاني: لا بد من ذكر الصفة، لأنه مبيع غائب، فافتقر إلى ذكر الصفة كالمسلم فيه. فعلى هذا إذا قيل: إن الصفة شرط في صحة العقد، فهل يصح أن يصفه بأقل صفاته أو لا يصح إلا بذكر أكثر صفاته؟ فيه وجهان:

أحدهما: أنه يصح أن يصفه بأقل صفاته، لأنه قد يخرج بذلك عن الجهالة. فعلى هذا يذكر في العبد الرومي بصفة أنه خماسي أو سداسي، وفي الثوب القطن أنه مروي أو هروي.

الثاني: أنه لا يصح حتى يصفه بأكثر صفاته؛ ليتميز بكثرة الصفات عن غيره من

الموصوفات. فعلى هذا يذكر في العبد الرومي الخماسي قده وبدنه، وفي الثوب القطن المروي طوله وعرضه.

فأما ذكر جميع صفاته فليست شرطاً باتفاق أصحابنا، فإن وصفه بجميع صفاته فقد اختلف أصحابنا فيه، فقال البغداديون: يجوز؛ لأنه أنفى للجهالة، وأبلغ في التمييز.

وقال البصريون: لا يجوز؛ لأنه يخرج عن بيوع الأعيان، ويصير من بيوع السلم، والسلم في الأعيان لا يجوز، فكذلك وصف العين الغائبة بجميع صفاتها لا يجوز. فهذا حكم الصفة.

فصل

فأما ذكر موضع المبيع، فيختلف بحسب اختلاف المبيع.

فإن كان المبيع مما لا ينقل كالأرض والعقار، فلا بد من ذكر البلد الذي فيه، فيقول: بعتك داراً بالبصرة أو بغداد، لأنَّ بذكر البلد، يتحقق ذكر الجنس، ويصير في جملة المعلوم. فأما ذكر البقعة من البلد؟ ففيه وجهان:

أحدهما: يلزم ذكرها.

والثاني: لا يلزم ذكرها؛ لأن البقعة تجري مجرى الصفة.

فأما إن كان المبيع الغائب مما ينقل ويحول كالعبد والثوب، فلا بد من ذكر البلد الذي هو فيه، لأن القبض يتعجل إن كان البلد قريباً، ويتأخر إن كان البلد بعيداً، فافتقر العقد إلى ذكره؛ ليعلم به تعجيل القبض من تأخيره.

فأما ذكر البقعة من البلد، فلا يلزم، لأن البلد الواحد لا يختلف أطرافه كالبلاد المختلفة. فإذا ذكر له البلد الذي هو فيه، فالواجب أن يسلمه إليه في ذلك البلد لا في غيره، فإن شرط المشتري على البائع أن يسلمه إليه في البلد الذي تبايعا فيه وهو في غيره لم يجز، وكان البيع فاسداً. فإذا قيل: أليس لو شرط في السلم أن يسلمه في بلد بعينه جاز، فهلا جاز مثل ذلك في العين الغائبة؟

قيل: لأنّ السلم مضمون في الذمّة، وليس يختص بموضع دون غيره، فاستوى جميع المواضع فيه، فافتقر إلى ذكر الموضع الذي يقع القبض فيه، وليس كذلك العين الغائبة، لأنها غير مضمونة في الذمّة، وهي معينة قد اختصت بموضع هي فيه فلم يجز اشتراط نقلها إلى غيره، لأنه يصير تبعاً وشرطاً في معنى بيع ثوب على أنه على البائع خياطته، أو طعام أن على البائع طحنه.

هل العقد قبل الرؤية تام أم لا؟ فإذا عقد بيع العين الغائبة على الوصف المشروط فيه. فقد اختلف أصحابنا هل يكون العقد تاماً قبل الرؤية أم لا؟ على وجهين:

أحدهما: وهو قول أبي إسحاق المروزي: إن العقد ليس بتامٍّ قبل الرؤية، لأن تمام العقد يكون بالرضا به وقبل الرؤية لم يقع الرضا به، فلم يكن العقد تامًّا، فعلى هذا، لو مات أحدهما بطل العقدُ، ولم يقم وارثه مقامه، لأنَّ العقود غير اللازمة، تبطل بالموت، وكذلك لو جُنَّ أحدهما، أو حجر عليه بسفه بطل العقد. وعلى هذا لكل واحد من البائع والمشتري أن يفسخ العقد قبل الرؤية.

والوجه الثاني: وهو قول أبي علي بن أبي هريرة: أن العقد قد تم قبل الرؤية بالبذل والقبول، وإنما فيه خيار المجلس ما لم يتفرّقا، كسائر البيوع. فعلى هذا لو مات أحدهما لم يبطل العقد، وقام وارثه مقامه وكذلك لو جن أحدهما، أو حجر عليه بسفه، لم يبطل العقد وقام وليُّه مقامه. وعلى هذا ليس لواحد منهما بعد الافتراق وقبل الرؤية أن يفسخ العقد.

فصل

فإذا رأى المشتري السلعة المبيعة، فهل يثبت له خيار المجلس أو خيار العيب؟ على وجهين:

أحدهما: يثبت له خيار المجلس ـ وهو قول أبي إسحاق ـ لأن عنده بالرؤية تم العقد. فعلى هذا له الخيار في الفسخ على التراخي، ما لم يفارق مجلسه، سواء وجد السلعة ناقصة عما وصفت أم لا. وله أن يشترط في المجلس خيار الثلاث، وتأجيل الثمن، والزيادة فيه، والنقصان منه.

والوجه الثاني: يثبت له بالرؤية خيار العيب ـ وهو قول أبي علي بن أبي هريرة ـ لأن عنده أنَّ بالبذل والقبول، قد تمَّ العقد. فعلى هذا إن وجدها على ما وصفت لم يكن له خيار، وإن وجدها ناقصة، كان له الخيار في الفسخ على الفور.

ولا يجوز أن يشترط بعد الرؤية خيار الثلاث، ولا تأجيل الثمن، ولا الزيادة فيه والنقصان منه.

فصل

فأما خيار البائع، فلا يخلو حاله من أحد أمرين: إما أن يكون بيعه عن رؤية، أو عن صفة: فإن كان بيعه عن رؤية، فهل له الخيار أم لا؟ على وجهين:

أحدهما: له الخيار ـ وهو قول أبي إسحاق ـ لأن عنده أن بالرؤية يثبت خيار المجلس.

الثاني: لا خيار له ـ وهو قول أبي علي بن أبي هريرة ـ لأنه يقول: إن العقد قد تم، وبالرؤية يثبت خيار العيب. وإن كان بيعه عن صفة، وجوّزناه على أحد الوجهين، فلا يخلو حاله عند رؤية المبيع من أحد أمرين: إما أن يجده زائداً على ما وصف له، أو غير زائد. فإن وجده زائداً عما وصف له، فله الخيار في الفسخ، لا يختلف كالمشتري إذا رآه ناقصاً. وهل يكون خياره على الفور أو على التراخي؟ على وجهين:

أحدهما: على التراخي ما لم يفارق مجلسه، وهو قول أبي إسحاق.

والثاني: على الفور، وهو قول أبي علي. فإن لم يجده زائداً، فهل له الخيار أم لا؟ على وجهين:

أحدهما: وهو قول أبي إسحاق: له الخيار؛ لأن عنده أن العقد يتمّ بالرؤية، ويثبت بعدها خيار المجلس.

والثاني: وهو قول أبي علي بن أبي هريرة: لا خيار له، لأن عنده أن العقد قد تمّ بالبذل والقبول، ويثبت بالرؤية خيار العيب. فهذا الكلام في بيع العين الغائبة على خيار الرؤية وما يتعلق عليه من أحكام.

فصل

فأما بيع العين الغائبة بغير شرط خيار الرؤية فباطل لا يختلف فيه المذهب، لأنه بيع ناجز على عين غائبة، وهو أصل الغرر.

وأما بيع العين الحاضرة على شرط خيار الرؤية، كثوب في سفط، أو مطوي، يبيعه موصوفاً من غير رؤية، بشرط خيار الرؤية. فقد اختلف أصحابنا فيه على وجهين:

أحدهما: أنه كبيع العين الغائبة على قولين؛ لأن الحاضر يساوي الغائب في العلم به إذا وصف، ويزيد عليه في زوال الغرر بتعجيل القبض.

الثاني: أنه لا يجوز قولاً واحداً، بخلاف العين الغائبة، وهو قول أكثر أصحابنا، وإليه أشار أبو إسحاق المروزي، وابن أبي هريرة، لأن الحاضر مقدور على رؤيته، فارتفعت الضرورة في جواز بيعه على خيار الرؤية، والغائب لما لم يقدر على رؤيته دعت الضرورة إلى جواز بيعه على خيار الرؤية.

فأما بيع السلجم، والجزر، والبصل، والفجل، في الأرض قبل قلعه على شرط خيار الرؤية. فقد كان بعض أصحابنا يخرج جواز بيعه على قولين كالعين الغائبة. وقال سائر أصحابنا: إن بيع ذلك باطل قولاً واحداً. والفرق بين هذا وبين العين الغائبة من وجهين:

أحدهما: أن وصف الغائب ممكن؛ لتقدم الرؤية له، ووصف هذا في الأرض قبل قلعه غير ممكن.

والثاني: أن المشتري إذا فسخ بيع الغائب، أمكن ردّه إلى حاله، وإذا فسخ بيع هذا المقلوع من الأرض، لم يمكن ردّه إلى حاله. فأما بيع التمر المكنون في قواصره وَجِلاَلِهِ: فقد كان بعض أصحابنا يخرج بيعه على قولين كالغائب.

وقال سائر أصحابنا البصريين: يجوز بيعه في قواصره، قولاً واحداً إذا شاهد رأس كل قوصرة؛ لأن في كسر كل قوصرة لمشاهدة ما فيها مشقة وفساداً، وقد أجمع عليه علماء الأعصار بالبصرة. وأما ما سوى التمر من الأمتعة التي في أوعيتها، فلا يخلو حالها من أحد أمرين: إما أن يكون ذائباً، أو غير ذائب. فإن كان ذائباً كالزيت والعسل، فإذا شاهد يسيراً مما في الوعاء أجزأه عن مشاهدة جميعه وجاز بيعه قولاً واحداً، كالصبرة من الطعام.

وإن كان غير ذائب فعلى ضربين:

أحدهما: أن يكون مما تتفاوت أجزاؤه، ويباين بعضه بعضاً، كالثياب، فلا يجوز بيعها إلا بمشاهدة جميعها، إلا أن يبيعها من غير مشاهدة بشرط خيار الرؤية، فيكون في حكم بيع العين الغائبة أو الحاضرة على خيار الرؤية.

والثاني: إن كان مما تتماثل أجزاؤه في الغالب، أو تتقارب كالدقيق والقطن.

فقد اختلف أصحابنا فيه، فقال بعضهم: لا يصح بيعه إلا برؤية جميعه كالثياب. وقال آخرون: يجوز بيعه برؤية بعضه كالذائب.

فصل

قال الشافعي رحمه الله في كتاب «الصرف»: ولا يجوز بيع خيار الرؤية مؤجلاً ولا

بصفة. فأما قوله: مؤجلاً: يعني به تأجيل تسليم المبيع، كقوله بعتك داراً بالبصرة، أو بغداد، على أن أسلمها إليك بعد شهر، فهذا باطل، لأنه عقد على عين بشرط تأخير القبض، وذلك غير جائز. فإن قيل: فقبض الغائب لا بدّ أن يكون مؤخراً. قيل: هو مؤخر بغير أجل محدود، فجاز، وليس كذلك مع الشرط؛ لأنه قد يقدر على التسليم قبل الأجل، فيؤخّره لأجل الشرط، وقد لا يقدر عليه عند الأجل، فيلزم تسليم ما لا يقدر عليه بالشرط.

وأما قوله: ولا بصفة. فقد اختلف أصحابنا في تأويلها على وجهين:

أحدهما: وهو تأويل البصريين: أن يصف العين الغائبة بجميع صفاتها، فلا يجوز، لأنها تصير على قولهم في معنى السلم في الأعيان.

والثاني: تأويل البغداديين: أن يجعل بيع العين الغائبة مضموناً في ذمّته، فلا يجوز كالسلم في الأعيان.

قال الشافعي: ويجوز بيع العين الغائبة بثمن حال ومؤجل؛ لأن بيوع الأعيان يصح تأجيل الثمن فيها، سواء كانت العين حاضرة أو غائبة، لأنه بيع عين بدين، وليس كالسلم المضمون في الذمم، فلا يصح بيعه بمؤجل؛ لأنّه يصير في معنى بيع الدين بالدين. فهذا جملة الكلام في بيع خيار الرؤية وما يتفرّع عليه ويتصل به.

فصل

فأما بيع العين الغائبة مع تقدّم الرؤية، وهو أن يكون البائع والمشتري قد شاهدا السلعة ثم غابا عنها، وعقدا البيع عليها. فلا يخلو حال الرؤية من أحد أمرين: إما أن تكون قريبة المدة، أو بعيدتها. فإن كانت المدة قريبةً وليس لها حدّ مقدّر فمذهب الشافعي وجمهور أصحابه أن البيع جائز.

وقال أبو القاسم الأنماطي من أصحابه: البيع باطل، حتى تكون الرؤية مقارنة للعقد. وقال أبو سعيد الاصطخري: قلت لمن يناظر عن الأنماطي: ما يقول صاحبك في الدار إذا رآها المشتري، وخرج إلى الباب، واشتراها؟ قال: لا يجوز. قلت: فإن رأى خاتماً وأخذه في كفه ثم اشتراه؟ قال: لا يجوز قلت: فإن رأى أرضاً وخرج منها إلى جانبها ثم اشتراها؟ قال: فتوقف، لأنه لو قال: يجوز لناقض مذهبه، ولو قال: لا يجوز، لما أمكن ابتياع الأرض. فهذا قول الأنماطي، وقلّ من تابعه على ذلك من الفقهاء.

واستدل على ذلك: بأن الرؤية لما كانت شرطاً في بيوع الأعيان، وجب أن تقترن بالعقد، كالصفة في بيع السلم.

وهذا المذهب شاذ الاعتقاد واضح الفساد؛ لأن الرؤية إنما أريدت ليصير المبيع معلوماً، ولا يكون مجهولاً، وهذا المعنى موجود في الرؤية المتقدمة على العقد، كوجوده في الرؤية المقترنة بالعقد، وليس كذلك الصفة. فهذا حكم الرؤية المتقدمة إذا كانت المدة قريبة.

فأما إذا كانت مدّة الرؤية بعيدة، فلا يخلو حال المشتري من أحد أمرين: إمّا أن يكون ذاكراً لأوصاف المبيع أو غير ذاكر: فإن كان غير ذاكر لأوصاف المبيع لبعد العهد وطول المدّة، فهذا في حكم من لم يره، فإن ابتاعه على غير خيار الرؤية، لم

يجز. وإن ابتاعه بخيار الرؤية، كان على قولين، وإن كان ذاكراً لأوصاف المبيع، لم تخل حاله من ثلاثة أقسام:

أحدها: أن يكون مما لا يتغير في العادة، كالحديد، والنحاس، فبيعه جائز، فإن رأى فيه بعد العقد عيباً، فله الخيار.

الثاني: أن يكون مما يتغيّر فلا يبقى مع طول المدّة، كالفواكه الرطبة، والطبائخ. فينظر في حاله حين العقد فإن كان قد مضى عليه المدّة لا يبقى فيها كان بيعه باطلاً وإن كان قد مضى عليه من المدة ما يعلم بقاؤه فيها فبيعه جائز.

وإن كان قد مضى من المدة ما يجوز أن يبقى فيها ويجوز أن يتلف، فبيعه باطل؛ لأنه عقد على عين لا يعلم بقاؤها. وفيه وجه آخر: أن بيعه جائز، لأن الأصل بقاء العين ما لم يعلم تلفها.

الثالث: أن يكون مما يجوز أن يتغير ويجوز أن لا يتغير كالحيوان، ففيه قولان:

أحدهما: يجوز بيعه بالرؤية المتقدمة، وقد نص عليه في البيوع، لأن الأصل سلامته وبقاؤه على حاله، وبه قال أكثر أصحابنا.

والقول الثاني: أن بيعه لا يجوز، وقد أشار إليه الشافعي في كتاب الغصب واختاره المزني؛ لأنه متردد بين سلامة وعطب. والقول الأول أصح، وعليه يكون التفريع، فإذا تبايعا بالرؤية المتقدمة، ثم رآه المشتري بعد البيع على ما كان رآه من قبل، فلا خيار له، وإن رآه متغيراً، فله الخيار.

فلو اختلفا، فقال المشتري: وجدته متغيراً، وقال البائع: بل هو على ما كان عليه من قبل. قال الشافعي في كتاب الصرف: القول قول المشتري مع يمينه؛ لأنه يريد انتزاع الثمن من يده، فلا ينتزع منه إلا بقوله. والله أعلم بالصواب.

باب خيار المتبايعين ما لم يتفرقا

مسألة[(١)]: قَالَ الشَّافِعِيُّ رَحِمَهُ اللَّهُ تعالَى: «أَخْبَرَنَا مَالِكٌ عَنْ نَافِعٍ عَنْ ابْنِ عُمَرَ أَنَّ رَسُولَ اللَّهِ ﷺ قَالَ: «الْمُتَبَايِعَانِ كُلُّ وَاحِدٍ مِنْهُمَا عَلَى صَاحِبِهِ بِالْخِيَارِ مَا لَمْ يَتَفَرَّقَا إِلاَّ بَيْعَ الْخِيَارِ». قَالَ الشَّافِعِيُّ: وَفِي حَدِيث آخَرَ إِنَّ ابْنَ عُمَرَ كَانَ إِذَا أَرَادَ أَنْ يُوجِبَ الْبَيْعَ مَشَى قَلِيلاً ثُمَّ رَجَعَ وَفِي حَدِيثِ أَبِي الْوَضِيءِ قَالَ: كُنَّا فِي غَزَاةٍ فَبَاعَ صَاحِبٌ لَنَا فَرَساً مِنْ رَجُلٍ فَلَمَّا أَرَدْنَا الرَّحِيلَ خَاصَمَهُ فِيهِ إِلَى أَبِي بُرْزَةَ فَقَالَ أَبُو بُرْزَةَ: سَمِعْتُ رَسُولَ اللَّهِ ﷺ يَقُولُ: «الْبَيِّعَانِ بِالْخِيَارِ مَا لَمْ يَتَفَرَّقَا». قَالَ: وَفِي الْحَدِيثِ مَا لَمْ يَحْضُر يَحْيَى بْن حَسَّانٍ حِفْظَهُ وَقَدْ سَمِعْتُهُ مِنْ غَيْرِهِ أَنَّهُمَا بَاتَا لَيْلَةً ثُمَّ غَدَوا عَلَيْهِ، فَقَالَ: لاَ أَرَاكُمَا تَفَرَّقْتُمَا وَجَعَلَ لَهُمَا الْخِيَارَ إِذْ بَقِيَا فِي مَكَانٍ وَاحِدٍ بَعْدَ الْبَيْعِ. وَقَالَ عَطَاءُ: يُخَيَّرُ بَعْدَ وُجُوبِ الْبَيْعِ. وَقَالَ شُرَيْحٌ: شَاهِدَا عَدْلٍ أَنَّكُمَا تَفَرَّقْتُمَا بَعْدَ رِضاً بِبَيْعٍ أَوْ خَيَّرَ أَحَدُكُمَا صَاحِبَهُ بَعْدَ الْبَيعِ. قَالَ الشَّافِعِيُّ: وَبِهَذَا نَأْخُذُ وَهُوَ قَوْلُ الأكثَرِ مِنْ أَهْلِ الْحِجَازِ

(١) انظر الأم (٢/١٢٩ ـ ١٣١).

وَالأَكْثَر مِنْ أَهْلِ الآثَارِ بِالْبُلْدَانِ. قال: وَهُمَا قَبْلَ التَّسَاوُمِ غَيْرُ مُتَسَاوِمَيْنِ ثُمَّ يَكُونَانِ مُتَسَاوِمَيْنِ ثُمَّ يَكُونَانِ مُتَبَايِعَيْنِ فَلَوْ تَساوَمَا فَقَالَ رَجُلٌ: امْرَأَتِي طَالِقٌ إِنْ كُنْتُمَا تَبايَعْتُمَا كَانَ صَادِقاً وَإِنَّمَا جَعَلَ لَهُمَا النَّبِيُّ ﷺ الْخِيَارَ بَعْدَ التَّبَايُعِ مَا لَم يَفْتَرِقَا فَلاَ تَفَرُّقَ بَعْدَمَا صَارَا مُتَبَايِعَيْنِ إِلاَّ تَفَرُّقُ الأَبْدَانِ».

قال في الحاوي: اعلم أن العقود على أربعة أقسام:

أحدها: ما كان غير لازم من جهة المتعاقدين في الحال ولا يُفْضِي إلى اللزوم في ثاني حال.

والثاني: ما كان غير لازم من جهة المتعاقدين في الحال، ولكن قد يُفْضِي إلى اللزوم في ثاني حال.

والثالث: ما كان لازماً من جهة أحد المتعاقدين في الحال دون العاقد الآخر بكل حال.

والرابع: ما كان لازماً من جهة المتعاقدين في الحال.

فأما القسم الأول: وهو ما كان غير لازم من جهة المتعاقدين في الحال، ولا يُفْضِي إلى اللزوم في ثاني حال، فهو خمسة عقود: الوكالة، والشركة، والمضاربة، والعارية، والوديعة. فالخيار فيها مؤبد من جهتي المتعاقدين معاً. فإن شرط فيها إسقاط الخيار، بطلت، لأنها تصير بإسقاط الخيار لازمة، وهي عقود جائزة غير لازمة.

وأما القسم الثاني: وهو ما كان غير لازم في الحال، ولكن قد يُفْضي إلى اللزوم في ثاني حال، فهو خمسة عقود: الجعالة: وهي قول الرجل: من جاءني بعبدي الآبق فله دينار. والعتق بعوض كقوله: أعتق عبدك عني بدينار. واستهلاك الأموال بالضمان كقوله: أَلْقِ مَتَاعَكَ في البَحْرِ وعليَّ قيمته. والقرض، والهبة. فهذه العقود الخمسة غير لازمة في الحال، فإن جيءَ بالآبق، وأعتِقَ العبد، وألقي المتاع في البحر، واستهلك القرض، وأقبضت الهبة، لزمت. فيكون الخيار فيها قبل لزومها للمتعاقدين معاً.

فإذا لزمت سقط الخيار.

فلو شرط فيها إسقاط الخيار قبل لزومها، أو شرط إثبات الخيار فيها بعد لزومها، بطلت.

وأما القسم الثالث: وهو ما كان لازماً من جهة أحد المتعاقدين دون الآخر، فهو ثلاثة عقود: الرهن والضمان والكتابة. فالخيار فيها ثابت للمرتهن دون الراهن، وللمضمون له دون الضامن، وللمكاتب دون السيد. فإن شرط إسقاط الخيار في الجهة التي فيها الخيار، أو شرط إثبات الخيار في الجهة التي ليس فيها الخيار، بطلت.

وأما القسم الرابع: وهو ما كان لازماً من جهة المتعاقدين معاً فهو على أربعة أقسام:

أحدها: ما لا يثبت فيه الخيار لواحد من المتعاقدين بحال، لا في المجلس، ولا بالشرط، وذلك ثلاثة عقود: النكاح، والخلع، والرجعة. ليس فيها إذا تمت خيار مجلس ولا خيار شرط. فإن شرط فيها أحد الخيارين، بطلت.

الثاني: ما لا يدخله خيار الشرط. واختلف أصحابنا في دخول خيار المجلس فيه على وجهين، وذلك ثلاثة عقود: الإجازة، والمساقاة، والحوالة. وهل تبطل باشتراط خيار المجلس؟ على وجهين:

الثالث: ما لا يدخله خيار الشرط ويدخله خيار المجلس قولاً واحداً: وهو ما كان القبض قبل الافتراق شرطاً في صحته، وذلك عقدان: المصرف، والسلم. فإن شرط

فيها خيار الثلاث بطلا.

الرابع: ما يدخله خيار المجلس بغير شرط، وخيار الثلاث بالشرط. وهو سائر عقود البياعات. يثبت فيها خيار المجلس بالعقد من غير شرط. وبمذهبنا في ثبوت خيار المجلس في سائر البياعات قال من الصحابة: عثمان، وابن عمر، وابن عباس، وأبو بَرْزَةَ الأَسْلَمي. ومن التابعين: شُرَيْحُ، وابن المسيب، والحسن، وعطاء، وطاوس. ومن الفقهاء: الزهري، والأوزاعي، وأحمد، وإسحاق. وقال أبو حنيفة، ومالك: البيع لازم بالإيجاب والقبول، ولا يثبت فيه خيار المجلس بحال.

استدلالاً بقوله سبحانه وتعالى: ﴿وَأَشْهِدُوٓاْ إِذَا تَبَايَعْتُمْ﴾ [البقرة: ٢٨٢]، فندب إلى الإشهاد على البيع، لأجل الاستيثاق فيه، فلو كان لأحدهما الفسخ بعد العقد المشهود عليه، لم يحصل الاستيثاق، ولبطلت فائدة الإشهاد. وبرواية عمرو بن شعيب عن أبيه عن جده عبد الله بن عمرو، عن رسول الله ﷺ أنه قال: «الْمُتَبَايِعَانِ بِالْخَيَارِ مَا لَمْ يَتَفَرَّقَا إِلاَّ أَنْ يَكُونَ صَفْقَةَ خَيَارٍ، فَلاَ يَحِلُّ لَهُ أَنْ يُفَارِقَهُ خَشْيَةَ أَنْ يَسْتَقِيلَهُ»[(١)]. ولو جاز لأحدهما الفسخ من غير استقالة لم يكن لنهيه عن الافتراق خشية الاستقالة معنى، فدل على أن الفسخ لا يستحق إلا بالاستقالة. وبما روي عن عمر رضي الله عنه أنه قال: «الْبَيْعُ عَنْ صَفْقَةٍ أَو خَيَارٍ»[(٢)].

فنوع البيع نوعين: نوعاً أثبت فيه الخيار بالشرط، ونوعاً نفى عنه الخيار من غير شرط، فعلم أنه لا يثبت فيه خيار المجلس كالنكاح. ولأنه عقد معاوضة، فوجب أن لا يثبت فيه خيار مجلس كالنكاح. ولأنّه عقد يلحقه الفسخ، فوجب أن لا يثبت فيه خيار المجلس كالكتابة. ولأنّه خيار مجهول، لم يوجبه نقص، فوجب أن لا يثبت في البيع كالمشروط من الخيار المجهول.

ولأن تأثير التفرّق إنما هو الفسخ لا اللزوم، ألا ترى أنهما إذا تصَارَفَا، ثم افترقا من غير قبض، بطل الصَرْفُ، وإذا كان تأثير التفرّق هو الفسخ، لم يجز أن يلزم به العقد؛ لأنه لا يجوز أن يكون الشيء الواحد مؤثّراً في فسخ العقد وفي إلزامهما معاً في حال واحدة، لأنهما ضدَّان. ولأن البيع لما لزم بتراضيهما بعد العقد، وهو أن يقول أحدهما لصاحبه: اختر البيع، فيختار، لم يجز أن يلزم بتراضيهما حال العقد، ووجب أن يكون لازماً بمجرد الإيجاب والقبول، لأن الإيجاب والقبول، إنما هو رضاً منهما بالعقد، ألا ترى أنّهما لو كانا عند الإيجاب والقبولِ مُكْرَهَيْنِ لم يصح العقد.

فصل

والدلالة على صحة ما ذهبنا إليه: ثبوت السُّنَّة به من خمسة طُرُقٍ: **فأحدها**: حديث ابن عمر، وهو وارد من طريقين:

---

(١) أخرجه البخاري (٢١٠٧)، ومسلم (٤٣/ ١٥٣١)، وأبو داود (٣٤٥٧)، والترمذي (١٢٤٥، ١٢٤٦)، وابن ماجه (٢١٨٢، ٢١٨٣)، وأحمد (٢/ ٩، ٧٣).

(٢) أخرجه البيهقي في «الكبرى» (١٠٤٥٤).

أحدهما: من طريق نافع.

والثاني: من طريق عبد الله بن دينار. فأما نافع فقد روى عنه من طريقين:

أحدهما: ما رواه الشافعي عن مالك عن نافع عن ابن عمر أن رسول الله ﷺ قال: «الْمُتَبَايِعَانِ كُلُّ وَاحِدٍ مِنْهُمَا عَلَى صَاحِبِهِ بِالْخَيَارِ مَا لَمْ يَتَفَرَّقَا».

والثاني: رواه الشافعي عن ابن جُرَيْجٍ عن نافع عن ابن عمر أن رسول الله ﷺ قال: «إِذَا تَبَايَعَ الْمُتَبَايِعَانِ الْبَيْعَ، فَكُلّ وَاحِدٍ مِنْهُمَا بِالْخَيَارِ مِنْ بَيْعِهِ مَا لَمْ يَتَفَرَّقَا أَوْ يَكُونُ بَيْعُهُمَا عَنْ خَيَارٍ، فَإِنْ كَانَ عَنْ خَيَارٍ فَقَدْ وَجَبَ»[(١)] قال نافع: وكان ابن عمر إذا ابتاع البيع، فأراد أن يوجب البيع مشى قليلاً ثم رجع[(٢)].

وأما عبد الله بن دينار فقد روي عنه من طريقين:

أحدهما: رواه الشافعي[(٣)] عن سفيان عن عبد الله بن دينار عن ابن عمر، قال: سمعت رسول الله ﷺ يقول: «الْبَيِّعَانِ كُلُّ وَاحِدٍ مِنْهُمَا بِالْخَيَارِ عَلَى صَاحِبِهِ مَا لَمْ يَتَفَرَّقَا، أَوْ يَكُونَ بَيْعُهُمَا عَنْ خَيَارٍ، فَإِذَا كَانَ الْبَيْعُ عن خِيَارٍ فَقَدْ وَجَبَ».

والثاني: رواه الشافعي عن وكيع عن سفيان عن عبد الله بن دينار عن ابن عمر عن النبي ﷺ قَالَ: «كُلُّ بَيِّعَيْنِ فَلاَ بَيْعَ بَيْنَهُمَا حتَّى يَتَفَرَّقَا، أَوْ يَقُولَ أَحَدُهُمَا لِصَاحِبِهِ: اخْتَرْ»[(٤)].

والثاني: حديث أبي بَرْزَةَ. رواه الشافعي قال: أخبرنا الثقة يحيى بن حسان عن حماد بن زيد عن جميل بن مرّة، عن أبي الوَضِيءَ قال: كنا في غزاة، فباعَ صاحب لنا فرساً من رجل، فلما أردنا الرحيل خاصمه فيه إلى أبي برزة، فقال أبو برزة: سمعت رسول الله ﷺ يقول: «الْبَيِّعَانِ بِالْخَيَارِ مَا لَمْ يَتَفَرَّقَا»[(٥)].

قال الشافعي: وفي الحديث ما يبين هذا لم يحضر يحيى بن حسان حفظه، وقد سمعته من غيره: أنهما باتا ليلةً، ثم غدوا عليه، فقال: ما أراكما تفرّقتما، وجعل لهما الخيار إذا باتا مكاناً واحداً بعد البيع.

والثالث: حديث حكيم بن حزام رواه الشافعي قال: أخبرنا الثقة يحيى بن حسان عن حماد بن سلمة عن قتادة، عن أبي الخليل عن عبد الله بن الحارث عن حكيم بن حزام قال: قال رسول الله ﷺ: «الْبَيِّعَانِ بِالْخَيَارِ مَا لَمْ يَتَفَرَّقَا، فَإِنْ صَدَقَا وَبيَّنَا وَجَبَتِ الْبَرَكَةُ فِي بَيْعِهِمَا، وَإِنْ كَذَبَا وَكَتَمَا مُحِقَتِ الْبَرَكَةُ مِنْ بَيْعِهِما»[(٦)].

والرابع: حديث أبي هريرة. رواه أبو زرعة عن عمرو بن حريث عن أبي هريرة أنَّ

---

(١) أخرجه البخاري (٣/ ٨٢)، ومسلم (٤٤/ ١٥٣١)، والدارقطني (٣/ ٥)، والبيهقي في «الكبرى» (١٠٤٣١)، وفي «معرفة السنن» (٣٣١٢).

(٢) أخرجه البيهقي في «الكبرى» (١٠٤٣٢).

(٣) أخرجه الشافعي في مسنده (٢/ ١٥٤).

(٤) أخرجه البخاري (٢١١٣)، ومسلم (٤٣/ ١٥٣١)، وأحمد (٢/ ٥٢، ١٣٥)، والنسائي (٤٤٧٥، ٤٤٧٦، ٤٤٧٧).

(٥) أخرجه الشافعي في «المسند» (٢/ ١٥٥)، وأبو داود (٣٤٥٧)، والترمذي (١٢٤٦)، والبيهقي في «الكبرى» (١٠٤٣٨).

(٦) أخرجه البخاري (٢٠٧٩)، ومسلم (٤٧/ ١٥٣٢).

النَّبِيّ ﷺ أمر مناديه أن ينادي ثلاثاً: «لاَ يَفْتَرِقَنَّ بَيِّعَانِ إِلاَّ عَنْ تَرَاضٍ»[(١)].

والخامس: حديث عمرو بن شعيب: وقد تقدم ذكره في دليل المخالف.

فدلت هذه الأخبار كلها بصريح القول ودليله على ثبوت خيار المجلس للمتعاقدين معاً ما لم يتفرّقا بالأبدانِ، أو يجعل أحدهما لصاحبه الخيار، فيختار. فإن قيل: فإنما جعل لهما رسول الله ﷺ الْخِيَارَ مَا لَمْ يَتَفَرَّقَا بالكلام: فيكون المراد بالافتراق افتراقُ الكلام دون افتراقِ الأبدان: وهو أن يكون للمشتري الخيار بعد بَذْلِ البائع في أن يقبل أو لا يقبل، وللبائع الخيار قبل قبول المشتري في أن يرجع في البَذْلِ أو لا يرجع، فإذا قَبِلَ المشتري ولم يكن قد رجع البائع، فقد تم البيع، وانقطع الخيار سواء افترقا بالأبدانِ أو لم يفترقا.

قالوا: وهذا أولى من حمله على افتراق الأبدان من وجهين:

أحدهما: أنه معهود الافتراق في الشرع قال الله تعالى: ﴿وَإِن يَتَفَرَّقَا يُغْنِ اللَّهُ كُلًّا مِّن سَعَتِهِۦ﴾ [النساء: ١٣٠] يعني: بالطلاق والطلاقُ كلامٌ. وقال النبي ﷺ: «تَفْتَرِقُ أُمَّتِي عَلَى ثَلاَثٍ وَسَبْعِينَ فِرْقَةً»[(٢)] يعني: في المذاهب.

والثاني: أن حمله على التفرُّقِ بالكلام حقيقةٌ، وعلى التَفَرُّقِ بالأبدانِ مجازٌ، لأنه جعل الخيار للمتبايعين، وهما يُسَمَّيان في حال العقد متبايعين حقيقة، وبعد العقد مجازاً، كما يقال: ضارب، فيسمّى بذلك في حال الضرب حقيقةً، وبعد الضرب مجازاً، وإذا كان كذلك كان حمله على الحقيقة أولى من حمله على المجاز، فثبت بهذين الوجهين أن المراد به التَّفَرُّقُ بالكلام دون التفرق بالأبدان. فالجواب عنه: دليل، وانفصال. فأما الدليل على أن المراد به التفرّق بالأبدان دون الكلام فمن ثلاثة أوجه:

أحدها: أنّ التفرُّق لا يكون إلا عن اجتماع، فإذا تفرّقا بالأبدان بعد البيع، كان تفرقاً عن اجتماع في القول حين العقد وعن اجتماع بالأبدان. ولا يصح تفرقهما بالكلام، لأنّهما حال التساوم متفرقان، لأن البائع يقول: لا أبيع إلا بكذا، والمشتري يقول: لا أشتري إلا بكذا. فإذا تبايعا فقد اجتمعا في القول بعد أن كانا مفترقين فيه. وهذه دلالة أبي إسحاق المروزي.

والثاني: أن خيار المشتري بعد بذل البائع وقبل قبوله معلومٌ بالإجماع، إذ لو سقط خياره ببذل البائع لوجبت البياعاتُ جبراً بغير اختيار بعد اختيار ولأفضى الأمر فيها إلى ضرر وفساد، والخيارُ بعد البيع غير مستفاد إلا بالخبر، فكان حملُ الخبرِ على ما لم يُستَفَدْ إلا منه أولى من حمله على ما استفيد بالإجماع، لأنْ لا يَعْرَى الخبرُ من فائدة. وهذه دلالة ابن جرير الطبري.

والثالث: أن اللفظ إذا ورد، وكان يحتمل معنيين، وكان المرادُ أحدهما بالإجماع لا هما معاً، ولم يكن في اللفظ تمييزُ المراد منهما، كأن ما صار إليه الرّاوي هو المرادُ

---

(١) أخرجه أبو داود (٢٤٥٨)، والترمذي (١٢٤٨)، والبيهقي في «الكبرى» (١٠٤٤٦).

(٢) أخرجه أحمد (٢/ ٣٣٢)، وأبو داود (٤٥٩٦)، والترمذي (٢٦٤٠)، والحاكم (٣/ ٥٤٧).

بِهِ دونَ الآخر، فلمّا كان الافتراق يحتملُ أن يُرَادَ به الافتراقُ بالكلام مع بُعْدِهِ، ويحتمل أن يكون المراد به الافتراقُ بالأبدان مع ظهوره، وكان ابن عمر، وأبو برزة، وهما من رواة الخبر يذهبان إلى أن المراد به التفرُّق بالأبدان، لأن ابن عمر كان إذا أراد أن يُوجِبَ البيعَ مَشَى قليلاً ثم رجع، وأبو برزة قال للمتبايعين حين باتا ليلةً ثم غدوا عليه قال: ما أراكما تَفَرَّقْتُمَا عن رضاً مِنْكُمَا بِبَيْعٍ اقتضى أن يكون هو المراد بالخبرِ دون المعنى الآخر. وهذه دلالة الشافعي رضي الله عنه.

فإن قيل: فقد روى أبو هريرة عن النبي ﷺ أنه قال: «إِذَا وَلَغَ الْكَلْبُ فِي إِنَاءِ أَحَدِكُمْ فَأَرِيقُوهُ، وَاغْسِلُوهُ سَبْعاً»(١) ثم أفتى أبو هريرة رضي الله عنه بالثَلاثِ، فلم تَصِيروا إلى قوله، واستعملتم الخبرَ على ظاهره. قيل: نحن لا نقبل قول الراوي في التخصيص، ولا في النسخ، ولا في الإسقاط وإنما نقبله في تفسير أحد محتمليه إذا أجمعوا على أن المراد أحدهما. وقوله: «اغْسِلُوهُ سَبْعاً» يقتضي وجوب الغسل سبعاً، وفتوى أبي هريرة بالثلاث إسقاط لباقي السبع، فلم يقبل، وكما روى ابن عباس أنَّ النبيّ ﷺ قال: «مَنْ بَدَّلَ دِينَهُ فَاقْتُلُوهُ»(٢) وكان يذهب إلى أن المرتدةَ لا تقتل. فلم نقض بمذهبه على روايته، لأنّ فيه تخصيصاً، وقولُ الراوي لا يقبل في التخصيص. على أن أبا علي بن أبي هريرة قال: أحمله على الأمرين معاً، فأحمله على التفرق بالكلام، وعلى التفرّق بالأبدان، فأجعل لهما في الحالين الخيار بالخبر. وهذا صحيح لولا أن الإجماع منعقدٌ على أن المرادَ بِه أحدُهُمَا.

فأما الانفصال عن قولهم: إنّ معهود الافتراق إنما هو بالكلام دون الأبدان فمن وجهين:

أحدهما: أن هذا تأويلٌ مستحدث يدفعه إجماع من سلف، لأن كل من تَقَدَّمَ مِن السلف حمله على التفرّق بالأبدان، حتّى أن مالكاً روى الخبر، فقيل له: فلم خالفته؟ قال: وجدتُ عمل بلدنا بخلافه، ورُوِيَ لأبي حنيفة فقال: أرأيتَ لو كانا في سفينة فحصل التسليم منهما، إن المراد به التفرقُ بالأبدان، ولم يتنازعا في تأويله، وإنّما ذكراً شبهةً واهيةً في ترك العمل به.

والثاني: أنه لو يجتمع السلف على أن المراد به التفرق بالأبدان لكان هو حقيقة التفرق في اللسان، والشرع، وإن كان ربما استعمل في التفرُّق بالكلام استعارةً ومجازاً، وقد حكى الرِّياشِي ذلك عن الأصمعي وشاهد ذلك أظهرُ من أن يُذكر.

على أن هذا وإن ساغَ في حديث مالك عن نافع عن ابن عمر على وهن وضعف، فليس يسوغ في حديث غيره؛ لأن النص يدفعه من قوله: أو يقول لصاحبه: اختر، فإن ما بعد ذلك يخالف ما قبله. وأما الانفصال عن قولهم: إن حمله على الخيار حين التساوم حقيقة وبعد العقد مجاز: فمن وجهين:

---

(١) تقدم تخريجه في كتاب «الطهارة».

(٢) أخرجه البخاري (٦٩٢٢)، وأبو داود (٤٣٥١)، والترمذي (١٤٥٨)، والنسائي (٤٠٦١، ٤٠٦٢، ٤٠٦٣)، وابن ماجه (٢٥٣٥)، وأحمد (١/٢١٧).

أحدهما: أن حمله عليها وقت التساوم مجازٌ، وبعد العقد حقيقةٌ لغةً وشرعاً: فأما اللغة، فلأن البَيِّعَ مُشْتَقٌ من فِعْلٍ، والأسماءُ المشتقة من الأفعال لا تَنْطَلِق على مسمّياتها إلا بعد وجود الأفعال، كالضارب والقاتل: لا يتناول المسمّى به إلا بعد وجود الضرب والقتل، كذلك البائع لا ينطلق عليه اسم البَيِّعِ إلاَّ بعد وجود البَيْعِ منه، والبيع إنما يوجد بعد العقد، فأما حين التساوم فلا. فأما الشرع، فلأنه لو قال لعبده: إذا بعتك فأنت حُرٌّ لم يعتق عليه بالمساومة، فإذا تم العقد عتق عليه، فلذلك قال مالك وأبو حنيفة: إذا باعه بيعاً لا خيار فيه، لم يُعْتَقْ عليه، لأنه يصير بائعاً بعد العقد، وقد زال ملكه بالعقد، وانقطع خياره، فلم يعتق عليه من بعد.

والثاني: أن تسميتنا له بائعاً بعد انقضاء البيع، إن كان مجازاً من حيث يقال: كانا متبايعين، فالحمل عليه وقت التساوم وجاز أيضاً حتى يوجد القبول، وإلا فيقال: سيكونان متبايعين، وإذا كان ذلك مجازاً فيهما جميعاً، كان ما ذكرنا أولى من وجهين:

أحدهما: أن الاسم وإن انطلق عليهما بعدَ العقد مجازاً، فقد استقر بوجود البيع، وهو قبل العقد غير مستقر، لجواز أن لا يَتِمَّ البيع.

والثاني: أن اسم البائع والمشتري من الأسماء المشتركة، كالوالد والولد، فلا يوجد المشتري إلا في مقابلة البائع، ولا يوجد البائع إلا في مقابلة المشتري، فلو كان البائع بعد البذل وقبل القبول يسمى بائعاً، لجاز أن يكون الطالب قبل القبول يسمى مشترياً، فلما لم يسم الطالب مشترياً إلا بعد القبول، لم يسم الباذِلُ بائعاً إلا بعد القبول. على أن هذا التأويلَ إنما يسوغُ مع وهاية في قوله: الْمُتَبَايِعَانِ فأما في قوله البَيِّعَانِ فلا يسوغ فيه. فنستعمل الروايتين، ونحمله على اختلاف معنيين، فيكون أولى من حمله على أحدهما. فبطل هذا التأويل بما ذكرنا من الدليل والانفصال، واستقرّ ما ذكرنا من الوجوه في أدلة الأخبار.

فأما المعنى النظري فهو أنه خيارٌ ورد به الشرع، فوجب أن يعتبر حكمه بعد العقد، أصله خيار الثلاث.

ولأنه عقد معاوضة محضة، فوجب أن يكون للتفرّقِ تأثير فيه، كالصرف والسلم.

ولأنّ الخيار ضربان: ضرب يتعلق بالصفات، وضرب يتعلق بالزمان.

ثم كان الخيار المتعلق بالصفات ينقسم قسمين: قسم وجب بالشرط وقسم وجب بالشرع.

فالقسم الواجب بالشرط: أن يبتاع عبداً على أنه كاتب أو صانع، فيجده بخلاف ذلك، فيجب له الخيار لعدم الفضيلة المستحقة بالشرط.

والواجب بالشرع: هو خيار العيب لنقص وجده عن حال السلامة، فيجب له الخيار بالشرع، فاقتضى أن يكون الخيار المتعلق بالزمان ينقسم قسمين: قسم وجب بالشرط: وهو خيار الثلاث. وقسم وجب بالشرع: وهو خيار المجلس.

وتحريره قياساً: أنه أحد جنسي الخيار، فوجب أن يَتَنَوَّعَ نوعين: شرطاً وشرعاً قياساً على خيار الصفات. ولأنه عقد يقصد به تمليك المال، فلم يلزم بالبذل والقبول كالهبة.

ولأن عقد البيع بذلٌ وقبول، فلما ثبت الخيار بعد البذل، وجب أن يثبت بعد القبول.

وتحريره قياساً: أنّه قولُ أحدِ المتبايعين، فوجب ثبوت الخيار بعده كالبذل.

فأما الجواب عن قوله سبحانه وتعالى: ﴿وَأَشْهِدُوٓاْ إِذَا تَبَايَعْتُمْ﴾ [البقرة: ٢٨٢] فهو أن المراد به الإشهاد بعد الافتراقِ في الحالِ التي يلزمُ فيها العقد. ولا يمنع أن يكون ذلك إشهاداً على العقد ووثيقة فيه كما أن الإشهادَ في خيار الثلاث، يكون بعد تَقَضِّي الثلاث، ولا يمنع أن يكون ذلك إشهاداً على العقد ووثيقة فيه.

وأما الجواب عن حديث عمرو بن شعيب، وقوله «وَلاَ يَحِلُّ لَهُ أَنْ يُفَارِقَهُ خشيةَ أَنْ يَسْتَقْبِلَهُ» فهو أن لهذا اللفظ ظاهرين:

أحدهما: حجةٌ عليهم.

والثاني: حجة لهم.

فقوله: «وَلاَ يَحِلُّ لَهُ أَنْ يُفَارِقَهُ» حجة عليهم، لأنه يدلُّ على أن البيعَ لم يقع لازماً، وأن فيه خياراً يسقط بالتفرّق. وقوله: «خَشْيَةَ أَنْ يَسْتَقْبِلَهُ» حجة لهم، لأنه يدل على أن الخيار لا يستحق إلا بالإقامة.

فلم يكن بُدٌّ من تغليب أحد الظاهرين لتعارضهما، فكان تغليب الظاهر في إثبات الخيار أحقُّ لأمرين:

أحدهما: أن أوّل الخبر يقتضيه، وهو قوله «الْمُتَبَايِعَانِ بِالْخَيَارِ مَا لَمْ يَتَفَرَّقَا إِلاَّ أَنْ تَكُونَ صَفْقَةَ خِيَارٍ».

والثاني: أنّ الإقامة لا تختصُّ بمجلس التبايع وتبطلُ بالتفرّق لجوازها بعد الافتراق كجوازها قبله. وإنما الخيار يختصُّ بالمجلس ويبطلُ بالتفرّق، فصحّ أنه المرادُ. وأما الجواب عن ما روي عن عمر «البَيْعُ صَفْقَةٌ أو خِيَارٌ» فهو أنه مرسل، لأنه يروى عن رجل من بني كنانة، ولو صح لاحتمل أمرين:

أحدهما: أن البيع عن صفقة وخيار، لأنه قسم البيع إلى قسمين:

أحدهما: صفقة، **والثاني**: خيار. والخيار بمجرده لا يكون بيعاً إلا مع الصفقة، فثبت أن معناه عن صفقة وخيار.

والثاني: أن معناه أن البيع على ضربين: ضرب: فيه خيار الثلاث. وضرب: ليس فيه خيار الثلاث. يوضح ذلك يؤيده ما روى مطرف عن الشعبي أن عمر بن الخطاب قال: الْمُتَبَايِعَانِ بِالْخَيَارِ مَا لَمْ يَتَفَرَّقَا.

وأما الجواب عن قياسهم على النكاح: فهو أن المعنى في النكاح أنه عقد تُبْتَغَى به الوصلةُ دون المعاوضة فلم يثبت فيه الخيار الموضوع لارتياد أوفر الأعواض، ولهذا المعنى لم تكن الرؤية شرطاً في صحته، وخالف سائر عقود المعاوضات من البيوع وغيرها، ألا ترى أنّ خيار الثلاث لا يصح فيه وإن صح في غيره.

وأما الجواب عن قياسهم على الكتابة: فهو أن الخيار موضوع في العقد، لارتياد الحظ فيه، وعقد الكتابة لم يثبت فيه الخيار من جهة السيد لأنه قصد به إرفاق عبده، لا طلب الحظِّ لنفسه إذ معلوم أنّه لا حظَّ له في بيع ملكه بملكه، فسقط خياره.

ولأنّه ليس يستدرك به ما خفي عنه، وأما العبد فخياره ممدود، وليس كذلك البيع.

وأما الجواب عن قياسهم على الخيار المجهول: فهو أن خيار المجلس من موجبات العقد، والخيار المجهول من موجبات الشرط.

وفرق في الأصول بين ما ثبت بالعقد. فيصح فيه الجهالة، وما ثبت بالشرط، فلا يصح فيه الجهالة، ألا ترى أن خيار العيب لمّا ثبت بالعقد جاز أن يكون مجهولاً، وخيار المدة لمّا ثبت بالشرط لم يجز أن يكون مجهولاً، وكذا القبض إذا استحق بإطلاق العقد جاز أن يكون مجهول الوقت وإذا كان مستحقاً بالشرط لم يجز أن يكون مجهول الوقت.

وأما الجواب عن قولهم: إن الافتراق يؤثّر في فسخ البيع لا في لزومه كالصرف قبل القبض: فهو أن هذه دعوى غير مسلمة، لأنّ الافتراق في الصرف مؤثر في لزومه كالبيع، وليس يقع الفسخ في الصرف بالافتراق، وإنّما يقع بعدم القبض قبل الافتراق، فإذا تقابضا، صح، ولم يلزم إلاّ بالافتراق.

وأما الجواب عن قولهم: لما لزم البيع بتراضيهما بعد العقد، فلأن يكون لازماً بتراضيهما حين العقد أولى: فهو أنّ الرضا بالبيع بعد العقد يتنوع نوعين: نوع يكون بالصمت، ونوع يكون بالنطق: فأما الرضا بالصمت بعد العقد فلا يلزم به البيع، فكذا الرضا بالصمت حين العقد لا يلزم به البيع. وأما الرضا بالنطق بعد البيع، فهو أن يقول: قد اخترت إمضاءَ البيع. فهذا يلزم به البيع. ومثله بالنُطْقِ في حال البيع أن يشترط في العقد سقوط خيار المجلس، فهذا قد اختلف أصحابنا فيه هل يلزم به البيع ويصح معه العقد أم لا؟ على ثلاثة أوجه:

أحدها: يصح معه العقد، لأنّ غرر الخيار يرتفع به، ويلزم به البيع، لأنّه موجب شرطه، ولا يثبت في البيع خيار المجلس. وقائل هذا الوجه من أصحابنا تأوَّلَهُ من كلام الشافعي في كتاب الأيمان والنذور. فعلى هذا قد استوى حكم هذا الرضا في لزوم البيع بعد العقد وقبله.

الثاني: يصح معه العقدُ، لكن لا يلزم به البيعُ، ولا يسقط معه خيار المجلس، وإن كان مشروطاً، لأنّه من موجب العقد فلم يسقط بالشرط، كالولاء في العتق والرجعة في الطلاق. فعلى هذا يكون هذا النوع من الرضا يلزم به البيع إذا كان بعد العقد، ولا يلزم به البيع إذا كان مع العقد.

والفرق بينهما أنه بعد العقد يَتَضَمَّنُ إبطال خيار ثابت، فصح إبطاله بعد ثبوته. وحين العقد يتضمن إبطال خيار غير ثابت، فلم يصح إبطاله قبل ثبوته، كاستحقاق الشُّفْعَةِ لمّا بطل بعد البيع للرضا بعد ثبوته، لم يبطل حال البيع مع الرضا به، لعدم ثبوته.

الثالث: أن البيع باطل بهذا الشرط، لأنّه مناف لموجبه، إذ موجب العقد ثبوت الخيار به، ولاشرط إذا نافى موجب العقد أبطله، وهو منصوص الشافعي في القديم، والبُوَيْطِيّ والأمّ. فعلى هذا يكون هذا النوع من الرضا يلزم به البيع بعد العقد، ويبطل به البيع إن كان مع العقد والله أعلم.

مسألة[(١)]: قَالَ الشَّافِعِيُّ رَحِمَهُ اللَّهُ: «فَكَلّ مُتَبَايِعَيْنِ فِي سِلْعَةٍ وَعَيْنٍ وَصَرْفٍ وَغَيْرِهِ فَلِكُلِّ وَاحِدٍ مِنْهُمَا فَسْخُ الْبَيْعِ حَتَّى يَتَفَرَّقَا تَفَرُّقَ الأَبْدَانِ عَلَى ذَلِكَ أَوْ يَكُونُ بَيْعُهُمَا عَنْ خِيَارٍ وَإِذَا

(١) انظر الأم (٢/ ١٣١، ١٣٢).

كَانَ يَجِبُ التَّفَرُّقُ بَعْدَ الْبَيْعِ فَكَذَلِكَ يَجِبُ إذا خير أَحَدُهُمَا صَاحِبَهُ بَعْدَ الْبَيْعِ وَكَذَلِكَ قَالِ طَاوُسَ: خَيَّرَ رَسُولُ اللَّهِ ﷺ رَجُلاً بَعْدَ الْبَيْعِ فَقَالَ الرَّجُلُ: عَمَّرَكَ اللَّه مِمَّنْ أَنْتَ؟ فَقَالَ رَسُولُ اللَّهِ ﷺ: «امْرُؤٌ مِنْ قُرَيْشٍ» قال فَكَانَ طَاوُسُ يَحْلِفُ مَا الْخِيَارُ إِلاَّ بَعْدَ الْبَيْعِ.

قال في الحاوي: قد ثبت بما مضى خيار المجلس في البيوع كُلِّها، وفي الصرفِ، والسلم، لأنهما نوعان منها غير أن خيار الثلاث وإن دخل في البيوع، فهو غير داخل في الصرف والسلم. لأنّ القبض قبل الافتراق لمّا كان شرطاً في صحتهما، منع من بقاء عُلَقِ العقد بعد الافتراق، وخيار الثلاث يبقى عُلَقَ العقد بعد الافتراق فمنع منه.

فإذا ثبت ذلك فعقد البيع يلزم بشيئين: هما: العقد، والافتراق.

وإذا كان لا يلزم إلا بهما وجب بيانُ كلٍّ واحد منهما. فنبدأ ببيان العقد وحكمه، ثم بالافتراق ولزوم البيع به.

فصل

فأما العقد فيصح باعتبار ثلاثة شروط:

أحدها: اللفظ الذي يعقد به.

والثاني: كيفية العقد به.

والثالث: بيان ما يصير العقد تابعاً به.

فأمّا الشرط الأولُ: وهو اللفظ الذي يعقد به. فألفاظه على ثلاثة أضرب: ضرب: يصح العقد به؛ وضرب لا يصح العقد به؛ وضرب مختلف فيه هل يصح العقد به أم لا؟ فأما ما يصح العقد به، فلفظة واحدة من جهة البائع، وهي قوله: قد بعتك، وإحدى لفظتين من جهة المشتري، هما: قوله: قد اشتريت، أو قد ابتعت، لأن معنى الشراء والابتياع سواء.

وأما ما لا يصح العقد به: فهو كل لفظ كان يحتمل معنى البيع وغيره، كقوله: قد أبحتك هذا العبد بألف، أو قد سلطتك عليه، أو قد أوجبته لك، أو جعلته لك. كلُّ هذه الألفاظ لا يصح عقد البيع بها، لاحتمالها، وأنَّ معنى البيع ليس بصريح فيها. وأما المختلف فيه: فهو قوله: قد ملّكتك. فيه لأصحابنا وجهان:

أحدهما: يصح العقد به، لأن حقيقة البيع: تمليك المبيع بالعوض، فلا فرق بين ذلك وبين قوله: بعتك.

الثاني: وهو الصحيح لا يصح العقد به، لعلتين:

إحداهما: أن لفظ التمليك يحتمل البيع ويحتمل الهبة على العوض، فصار من جملة الألفاظ المحتملة.

والأخرى: أنّ التمليك هو حكم البيع وموجبه، فاحتاج إلى تقديم العقد، ليكون التمليك يتعقبه.

فصل

فأما كَيْفِيَّةُ العقد بألفاظه المختصة به فيحتاج أن يكون لفظ البائع خارجاً على أحد الوجهين: إما مخرج البذل، أو مخرج الإيجاب. ولفظ المشتري خارجاً على أحد

الوجهين أيضاً: إما مخرج القبول، أو مخرج الطلب. وإذا كان كذلك، فإن، لهما في عقد البيع بلفظه ثلاثة أحوال:

إحداهنّ: أن يعقداه بلفظ الماضي.

والثانية: بلفظ المستقبل.

والثالثة: بلفظ الأمر.

فأما عقده بلفظ الماضي: فهو أن يبدأ البائع، فيقول: قد بعتك عبدي بألف، ويقول: المشتري قد اشتريته منك بها، فيصح العقد؛ لأن قول البائع: قد بعتك، يكون بذلاً، وقول المشتري: قد اشتريت، يكون قبولاً، والبيع يصح بالبذل والقبول.

وكذا لو قال المشتري مبتدئاً: قد اشتريتُ هذا العبد بألف، فيقول البائع: قد بعتك بها، صح البيع، ولم يحتج المشتري إلى إعادة القبول بعد بذل البائع بوفاق أبي حنيفة؛ لأن هذا القول من المشتري إذا تقدم وإن كان بلفظ القبول يتضمن معنى الطلب، وقول البائع إذا تأخّر وإن كان بلفظ البذل يتضمن معنى الإيجاب، والبيع يصح بالطلب والإيجاب، كما يصح بالبذل والقبول.

فأما إذا ابتدأ البائع، فقال: قد اشتريتَ مني عبدي بألف، فقال: قد اشتريته، لم يصح البيع بهذا اللفظ، حتى يقول البائع بعد ذلك: قد بعتك؛ لأن قول البائع للمشتري: قد اشتريتَ مني، هو استخبار، وليس ببذل منه ولا إيجاب، وما لم يكن بذلاً ولا إيجاباً، لم يصح عقد البيع به من جهة البائع. وهكذا لو ابتدأ المشتري فقال للبائع: قد بعتني عبدك بألف، فقال: قد بعتك، لم يصح البيع، حتى يقول المشتري بعد ذلك: قد اشتريتُ؛ لأن هذا القول من المشتري، ليس بقبول ولا طلب، وما لم يكن قبولاً ولا طلباً، لم يصح عقد البيع به من جهة المشتري.

وأما عقده بلفظ المستقبل: فهو أن يبدأ البائع فيقول: سأبيعك عبدي بألف، أو يقول: أبيعك عبدي بألف، ويقول المشتري: اشتريته بها أو سأشتريه. أو يقول المشتري: تبيعني عبدك بألف، فيقول: أبيعك، أو يقول البائع: تشتري عبدي بألف، فيقول: اشتريته، فلا يصح عقد البيع بذلك؛ لأنه خارج مخرج الوعد. وهكذا جميع ما تلفظا به من الألفاظ المستقبلة، لا يصح عقد البيع بها لما ذكرنا. ومن هذا النوع أيضاً أن يكون اللفظ خارجاً مخرج الاستفهام كقوله: أتشتري عبدي بألف؟ فيقول: قد اشتريته، أو يقول المشتري: أتبيع عبدك بألف؟ فيقول: قد بعته، فلا يصح البيع أيضاً لما ذكرنا.

وأما عقده بلفظ الأمر. فإن ابتدأ البائع فقال للمشتري: اشتَرِ عبدي بألف، فقال: قد اشتريتُ، لم يصح البيع، إلا أن يعود البائع فيقول: قد بعت، ولو ابتدأ المشتري فقال للبائع: بِعْني عبدك بألف، فقال: قد بعتك بها، صح البيع، ولم يحتج المشتري إلى إعادة القبول عندنا.

والفرق بين أن يقول البائع مبتدياً للمشتري: اشتر عبدي بألف، قد اشتريت، فلا يصح البيع، وبين أن يبتدىء المشتري فيقول للبائع: بعني عبدك بألف، فيقول: قد بعتك بها، فيصح البيع، وإن كان كلا اللفظين أمراً: أن البائع إنما يراد من جهته البذل

مبتدياً أو الإيجابُ مجيباً، ولفظ الأمر بقوله: اشتر، لم يوضع للبذل ولا للإيجاب. والمشتري إنما يراد من جهته القبول مجيباً أو الطلب مبتدياً، ولفظ الأمر بقوله: بعني، موضوع للطلب وإن لم يوضع للقبول.

فهذا فرق ما بين لفظي البائع والمشتري في الابتداء به على وجه الأمر عن طريق اللغة ومعاني الألفاظ وقال أبو حنيفة: هما سواء، إذا ابتدأ المشتري فقال: بعني عبدك بألف، فقال البائع: قد بعتك بها، لم يصح البيع، حتى يعود المشتري فيقول: قد اشتريته، فيكون هذا قبول كما لو ابتدأ البائع فقال: اشتر عبدي بألف، وما ذكرناه من الفرق بين معنى اللفظتين كاف.

ثم الدليل عليه من جهة المعنى الشرعي أنّ كلّ ما لزم اعتباره في صحة عقد البيع من صفات لفظه، لزم اعتباره في صحة عقد النكاح من صفات لفظه.

فلمّا لو كان ابتدأ الزوجُ فقال للوليّ: زوّجي ابنتك، فقال: قد زوّجتك، صح النكاح، ولم يحتج الزوج إلى القبول بعد إجابة الوليّ، وقام ذلك مقام أن يبتدىء الولي فيقول للزوج: قد زوّجتك بنتي، ويقول: الزوج: قد تزوجت، وجب أن يكون حكم البيع بمثابته.

ويتحرر من هذا الاستدلال قياسان:

أحدهما: أنّه عقد لو تقدّم فيه البذل كفاه القبول، فإذا تقدم فيه الطلب كفاه الإيجاب كالنكاح.

والثاني: أن كلّما لو كان بلفظ النكاح كان نكاحاً، فإذا كان بلفظ البيع كان بيعاً، لو تقدّم البذل.

فصل

فأما إذا كان المبيع عبداً بعبد، وعقداه بلفظ الأمر، والمتبايعان متساويان فيه فأيّهما جعل نفسه باللفظ بائعاً أو مشترياً، لزمه حكمه. فإذا قال أحدهما: بعني عبدك هذا بعبدي، فقال الآخر: قد بعتك به، صح به البيع، لأن المبتدىء أنزل نفسه منزلة المشتري، فلزمه حكمه. ولو كان الأول قال: اشتر مني عبدي هذا بعبدك، فقال: قد اشتريته منك، لم يصح البيع، لأنه أنزل نفسه منزلة البائع، فلزمه حكمه.

فصل

فأما ما يصير العقد تاماً به، فشيئان:

أحدهما: تعجيل القبول على الفور إن تقدم البذل، أو تعجيل الإيجاب على الفور، إن تقدم الطلب، من غير فصل، ولا بُعْدٍ، فإن فصل بين البذل والقبول بكلام ليس منه، أو تطاول ما بين البذل والقبول بالإمساك حتى بَعُدَ منه. لم يتم العقد، ولم يكن للقبول تأثير إلا أن يعقبه البائع بالإيجاب، فيصير القبول طلباً والإيجاب جواباً، ويتم البيع، ولكن لو حصل بين القبول والبذل إمساك لبلع الريقِ وقطع النفس، تم العقد، ولم يكن لهذا الإمساك تأثير في فساده.

والثاني: أن يكون قبول المشتري يقتضي ما تضمنه بذل البائع من الثمن، وهو أن يقول البائع: قد بعتك عبدي بألف، فيقول المشتري: قد اشتريته بالألف، أو يقول: قد اشتريته بها، فيصح الشراء؛ لأن القبول قد تضمّن ما تناوله البذل من الثمن، وكذلك لو

قال المشتري ـ حين قال البائع: قد بعتك عبدي بألف ـ: قد قبلت هذا البيع، صح البيع، ولزم فيه الألف، وإن لم يصرح المشتري بها في قبوله؛ لأن بذل البائع قد تناولها، وقبول المشتري توجه إليها.

فإن قيل: أليس لو قال الولي في النكاح: قد زوجتك بنتي على صداق ألف، فقال الزوج: قد قبلت تزويجها؟ أو قال: قد تزوجتها، ولم يقل: على هذا الصداق، صح النكاح، ولم يلزم الصداق حتى يصرح به في قبوله؟ فما الفرق بينه وبين البيع؟

قيل: الفرق بينهما: أن البيع لا يصح إلا بثمن فإذا حصل فيه القبول، تضمن ما يتناوله البذل من الثمن، والنكاح قد يصح مع خلوّه من الصداق، فلذلك لم يلزم فيه الصداق إلاّ أن يُصَرِّحَ به في قبوله. ولو قال البائع: قد بعتك عبدي بألف إن قبلت الشراء مني، فقال: نعم، صح البيع وتم. وكذا لو كان بينهما متوسط في العقد، فقال للبائع: بعته عبدك بألف، فقال: نعم، وقال للمشتري: اشتريته بها، فقال نعم، صح البيع وتمَّ. وكذا لو ابتدأ المتوسط بالمشتري فقال: اشتريت هذا العبد من فلان بألف، فقال: نعم، وقال للبائع: بعته عليه بالألف، فقال: نعم، صح البيع وتمَّ.

ويفارق النكاح في أحد الوجهين بما نذكره هناك من الفرق بينهما. ولكن لو قال البائع: قد بعتك عبدي هذا بألف، فقال المشتري: قد ابتعته بخمسمائة، لم يصح البيع. وهكذا لو قال المشتري: قد قبلته بألفين، لم يصح البيع أيضاً؛ لأنهما لم يجتمعا في البذل والقبول على ثمن واحد، ولا يصح البيع، حتى يكون الثمن معلوماً يتّفقان عليه.

وقال أبو حنيفة: يصح البيع بالألف؛ لاجتماعهما عليها، والألف الأخرى زيادة، إن شاء البائع قبلها، وإن شاء ردّها. قال: ولو قال المشتري: بعني هذا العبد بألف، فقال البائع قد بعتك بخمسمائة، صح البيع بخمسمائة، وقد حطّه خمسمائة، وحلّ ذلك حطّاً؛ لأن الثمن مختلف في حال العقد لم يُجْتَمَعْ عليه في البذل والقبول سواء عاد البائع، فقبل الزيادة، أو المشتري فقبل الحطيطة أم لا؟ ولا يصح البيع إلا باستئناف العقد لما ذكرناه. فهذا حكم العقد.

فصل

وأما الافتراق: فهو موضوع لقطع الخيار، ولزوم البيع، لأنّ الخيار ثابت لكل واحد منهما بعد العقد في الفسخ والإمضاء، وقطع هذا الخيار يكون بأحد وجهين: إما بالافتراق. وإما بالتخيير القائم في قطع الخيار مقام الافتراق.

فأما حد الافتراق، فقد ورد الشرع به مطلقاً، وما أطلقه الشرع ولم يكن محدوداً في اللغة كان الرجوع في حدّه إلى العرف كالقبض في المبيعات، والإحراز في المسروقات. فإذا فارق أحدهما صاحبه إلى حيث ينسب في العرف أنه مفارق له، انقطع الخيار ولزم البيع، مثال ذلك إن تبايعا في دار فيخرج أحدهما منها، فيكون هذا افتراقاً سواء صغرت الدار أو كبرت، بَعُدَ الخارج منها أم قَرُب.

فأما إن لم يخرج منها، ولكن قام من أحد جانبيها الذي تبايعا فيه إلى الجانب

الآخر، نُظِرَ: فإن كانت الدار واسعة، كان ذلك تفرّقاً، وإن كانت الدار صغيرة، لم يقع التفرّق إلا بالخروج منها أو الصعود إلى علوها.

وكذا السفينة إذا تبايعا فيها؛ فإن كانت صغيرة، لم يقع التفرّق إلا بخروج أحدهما منها إلى الأرض، أو إلى سفينة غيرها، أو إلى الماء. وإن كانت السفينة كبيرة وقع الافتراق بقيام أحدهما من أحد جانبيها الذي تبايعا فيه إلى الجانب الآخر، كأنّهما تبايعا في الصدر، ثم قام أحدهما إلى المؤخر، أو تبايعا في المؤخر ثم قام أحدهما إلى الصدر.

فأما إن تبايعا في سوق كبير، فقد قال الشافعي[1]: فالتفرّق: أن يولّي أحدهما ظهره، قال أصحابنا: أراد بذلك أن يولّي ظهره ويمشي قليلاً حتى يزايل موضع العقد في العرف، كما كان يفعل عبد الله بن عمر في بيوعه.

فأما إذا كانا في موضع تبايعهما ومجلس عقدهما، فبُني بينهما حائطٌ، لم يكن ذلك تفرُّقاً، لأن الحائط المبني حائل، والحائل لا يفرّق بينهما، كما لو حال بينهما رجل بوقوفه.

فأما إذا قاما جميعاً عن مجلس تبايعهما، ومشيا مجتمعين، ولم يفترقا بأبدانهما، فهما على خيارهما، وإن طالَ الزمانُ وبَعُد. وحكي عن عبد الله بن الحسن العنبري: أن خيارهما قد انقطع بمفارقة مجلسهما. وحديث أبي برزة الأسلمي حيث أثبت الخيار للمتبايعين وقد غدوا عليه، وقوله لهما: مَا أَرَاكُمَا تَفَرَّقْتُمَا عَنْ رِضاً مِنْكُمَا بِبَيْعٍ دليل على أنه قد عقل معنى الافتراق عن رسول الله ﷺ. فهذا الكلام في افتراق المتبايعين.

فصل

فأما حكم الافتراق في عقد البيع إذا تمّ بواحد، وهو الأب إذا ابتاع من ابنه الصغير لنفسه، أو باع عليه من نفسه بنفسه، ففيه وجهان:

أحدهما: وهو يحكى عن أبي إسحاق المروزي فيما علق عنه: أن حد الافتراق في بيعه أن يفارق مجلس بيعه الذي ابتاع فيه من ابنه إلى حيث لا ينسب في العرف إليه، فيكون ذلك تفرّقاً يلزم به البيع.

الثاني: وهو قول جمهور أصحابنا: أن الخيار باق وإن فارق مجلسه، لأنه لا يصح أن يكون مفارقاً لنفسه، ويكون الخيار باقياً إلى بلوغ ابنه، أو يخير الأب نفسه عن ابنه، فيختار لنفسه وعن ابنه إمضاء البيع وقطع الخيار، فيلزم حينئذ البيع.

فأما إذا مات أحد المتبايعين قبل التفرّق، فانتقل الخيار إلى وارثه، وإن كان غائباً، فله الخيار في موضعه الذي بلغه حيث كان، فإن زال عن الموضع، سقط خياره. وإن اختار أحدهما الفسخ والآخر الإمضاء، غلب الفسخ على الإمضاء؛ لأن موضوع الخيار الفسخ. ولا فرق بين أن يفترق المتبايعان عن قصد لقطع الخيار ولزوم البيع، أو غير قصد ناسيين. فهذا الكلام في حد الافتراق وحكمه وما يتعلق عليه من فروعه.

فصل

فأما التخيير القائم في قطع الخيار ولزوم البيع مقام الافتراق:

---

(١) انظر الأم (٣/ ٤).

فهو أن يخيّر أحدهما صاحبه بعد البيع فيختار الإمضاء، فينقطع بذلك الخيار، ويلزم معه العقد وإن كانا في مجلس بيعهما لم يتفرقا. وقال أحمد بن حنبل: لا حكم للتخيير في لزوم البيع، وهما على خيارهما ما لم يتفرّقا لعموم قوله ﷺ: «البَيّعَانِ بالخيارِ ما لم يَتَفَرَّقا»[(١)]. والدلالة عليه: الخبر المروي في كتابنا رابعاً عن ابن عمر أَنَّ النبيّ ﷺ قال: كلُّ بَيّعَيْنِ فَلَا بَيْعَ بَيْنَهُمَا حَتَّى يَفْتَرِقَا أَوْ يَقُولَ أَحَدُهُمَا لِصَاحِبِهِ: ٱخْتَرْ». وروي أنّه ﷺ ابْتَاعَ مِنْ أَعْرَابِيٍّ فَرَساً فَقَالَ لَهُ: «ٱخْتَرْ» فَقَالَ: عَمَّرَكَ اللَّهُ مِمَّنْ أَنْتَ؟ فَقَالَ النَّبِيُّ ﷺ «امْرؤٌ مِنْ قُرَيْشٍ»[(٢)].

ولأنّ الخيار خياران: خيار شرطٍ، وخيار عقدٍ. ثم ثبت أنّ خيار الشرط ينقطع بالتخيير، فكذلك خيار العقد يجب أن ينقطع بالتخيير. فإذا ثبت أنّ التخيير يقوم مقام الافتراق في قطع الخيار ولزوم البيع، فخيّر أحدهما صاحبه: فإن اختارا جميعاً الإمضاء، انقطع الخيار ولزم البيع.

وإن اختارا جميعاً الفسخَ، انفسخ البيع وإن اختارا أحدهما الفسخ والآخر الإمضاء غلبا الفسخ على الإمضاء، وفسخ البيع، لأن موضوع الخيار الفسخ.

فصل

وقد يكون صريحاً: بأن يقول: فسخت.

وقد يكون بما يقوم مقام قوله: قد فسخت وهو أن يقول البائع في المجلس والثمن مُؤَجَّلٌ: لست أمضي البيع إلا بتعجيل الثمن، ويقول المشتري: لست أعجّل الثمن، فيكون ذلك فسخاً للعقد ويقوم مقام قوله: قد فسخت، وكذلك نظائر ذلك وأشباهه.

فلو قال المشتري والثمن ألف درهم صحاح: لست أختاره إلا بألف غُلَّةٍ، فقال البائع: لست أمضيه بالغُلَّةِ، كان فسخاً، وإن لم يفترقا وأمضاه البائع بالألف الغلّة كان ذلك استئناف عقد غير الأوّل وكان لهما الخيار ما لم يفترقا، أو يختارا الإمضاء. ومما يكون للبيع ويقوم مقام قوله: قد فسخت، أن يتلف المبيع قبل الافتراق، فيكون فسخاً للعقد لتلفه قبل انبرام العقد.

فلو قبض المشتري السلعة، ثم تلفت في يده قبل الافتراق، بطل العقد وكانت السلعة مضمونة على المشتري بالقيمة دون الثمن لفساد العقد بالتلف، ووجوب الضمان باليد.

ولو قبضها المشتري، ثم أودعها البائع في المجلس، ثم تلفت في يد البائع قبل الافتراق، بطل البيع، وكانت مضمونة على المشتري بالقيمة، ولا تكون مضمونة على البائع؛ لأنها كانت في يده وديعة للمشتري. ومما يكون فسخاً للبيع أن يؤجّره أو يوصي به، أو يعرضه على البيع من غيره أو يقفه، أو يكون عبداً فيعتقه، أو ثوباً فيلبسه، إلى أشباه ذلك. فلو اختلفا بعد الافتراق، فقال أحدهما: افترقنا عن فسخ، وقال الآخر: افترقنا عن تراض: ففيه لأصحابنا وجهان:

---

(١) تقدم تخريجه.

(٢) تقدم تخريجه.

أحدهما: أن قول من ادعى الافتراق عن تراض؛ لأن دعواه تتضمن إنفاذ البيع، وهو الظاهر من حال العقد.

الثاني: أن القول قول من ادعى الافتراق عن فسخ؛ لأن دعواه تتضمن فسخ البيع. وإذا اختلف المتبايعان في إثبات العقد وإنكاره، كان القول قول منكره دون مثبته، فكذلك إذا كان الاختلاف في إنفاذه وفسخه.

مسألة[١]: قَالَ الشَّافِعِيُّ رَحِمَهُ اللَّهُ تَعَالَى: «فَإِن اشْتَرَى جَارِيَةً، فَأَعْتَقَهَا الْمُشْتَرِي قَبْلَ التَّفَرُّقِ أَوِ الْخِيَارِ، وَاخْتَارَ الْبَائِعُ نَقْضَ الْبَيْعِ، كَانَ لَهُ، وَكَانَ عِتْقُ الْمُشْتَرِي بَاطِلاً، لأَنَّهُ أَعْتَقَ مَا لَمْ يَتِمَّ مِلْكُهُ، فَإِنْ أَعْتَقَهَا الْبَائِعُ كَانَ جَائِزاً».

قال في الحاوي: وهذا صحيح، ولهذه المسألة مقدّمة يترتب عليها الجواب وهي أن المشتري متى يملك المبيع في خيار المجلس وخيار الثلاث؟

فللشافعي فيه ثلاثة أقوال:

أحدها: نصَّ عليه في كتاب زكاة الفطر: أنّ المشتري يملك المبيع بنفس العقد، ويستقر ملكه بقطع الخيار، فيكون الملك حاصلاً بالعقد وحده، واستقرار الملك يكون بقطع الخيار.

الثاني: نصَّ عليه في كتاب الأمّ[٢]: أنَّ المشتري لا يملك المبيع إلاَّ بالعقد وقطع الخيار، فلا يحصل الملك مُسْتَقِرّاً، إلاّ بالعقد وقطع الخيار جميعاً.

الثالث: أنّ ملك المشتري للمبيع موقوف مُرَاعَى، فإن انقطع الخيار بعد العقد عن تراض منهما به، بان أنّ المشتري كان مالكاً للمبيع بنفس العقد، وإن نقض الخيار عن فسخ، بان أنّ المبيع، لم يزل عن ملك البائع، وأنّ المشتري لم يكن مالكاً له. وقال أبو حنيفة: إذا كان الخيار لهما أو للبائع وحده، كان المبيع على ملك البائع في مدة الخيار، فإذا انقضت مدّة الخيار، ملكه المشتري حينئذٍ بالعقد المتقدّم، وإن كان الخيار للمشتري وحده، فالمبيع قد زال عن ملك البائع بالعقد، ولا يملكه المشتري إلاّ بعد تقضي مدّة الخيار، فإذا انقضت ملكه حينئذٍ بالعقد المتقدّم. وهذا المذهب مخالف لمذاهبنا الثلاثة، وفي توجيهها دليل عليه. فأما القول الأوّل: وهو أنّ المشتري قد ملك بنفس العقد، ـ وهو أصح الأقاويل ـ فوجهه ثلاثة أشياء:

أحدها: حديث نافع عن ابن عمر أنّ النبيّ ﷺ قال: «الْمُتَبَايِعَانِ كلُّ وَاحِدٍ مِنْهُمَا عَلَى صَاحِبِهِ بِالْخِيَارِ مَا لَمْ يَتَفَرَّقَا»[٣].

فسمّاهما متبايعين، فدلَّ على حصول البيع، وموجب البيع حصول الملك.

والثاني: أنّ الخيار نوعان: خيار عقد، وخيار عيب.

فلمّا لم يكن خيار العيب مانعاً من حصول الملك، لم يكن خيار العقد مانعاً من حصول الملك.

والثالث: أنّ الأملاك تُستفاد بأحد وجهين: بقول، وبفعل.

---

(١) انظر الأم (٢/ ١٣٢، ١٣٣). (٢) انظر الأم (٣/ ٤).

(٣) تقدم تخريجه.

فلمّا كان ما يملك بالفعل كالاصطيادِ والاحتشاشِ، لا يكون مرور الزمان مؤثّراً في تملكه، وجب أن يكون ما يملك بالقول كالبيع والهبة لا يكون مرور الزمان أيضاً مؤثّراً في تملكه.

وأما القول الثاني: وهو أنّ المشتري لا يملك المبيع إلاّ بالعقد وقطع الخيار، فوجهه شيئان:

أحدهما: حديث عبد الله بن دينار عن ابن عمر أنّ النبيّ ﷺ قال: «كلُّ بَيِّعَيْنِ فَلاَ بَيْعَ بَيْنَهُمَا، حَتَّى يَتَفَرَّقَا أَوْ يَقُولَ أَحَدُهُمَا لِصَاحِبِهِ: اخْتَرْ»(١) فنفى البيع قبل الافتراق، فدلَّ على أن الملك يحصل بالافتراق.

والثاني: أنّ حصول الملك يقتضي ثبوت موجبه، وموجب الملك جواز التصرّف، فلما كان المشتري ممنوعاً من التصرّف، دلَّ على أنّ الملك غير منتقل.

وأما الثالث: وهو أنّ الملك موقوف مراعى، فوجهه شيء واحد: وهو أنّ العقد يُثْبِتُ الملك، والخيار يَنْفِي الملك وأمرها متردد بين أن يغلب حكم العقد في إثبات الملك بقطع الخيار عن تراضٍ، وبين أن يغلب حكم الخيار في نفي الملك بالفسخ قبل تقضّي الخيار، فصار كالقبض الذي يقتضيه العقد ويقف تصحيحه عليه، فإن أقبضه بان صحة العقد، وإن تلف بانَ فساد العقد، فكذا يجب أن يكون حال الخيار، فإن تقضى عن تراضٍ، بانَ صحة العقد وانتقال الملك، وإن تقضى عن فسخ بان بطلان العقد، وأن الملك لم ينتقل به.

فصل

فإذا تقرر ما ذكرنا من توجيه الأقوال: فالجواب عن عتق المشتري في زمان الخيار، مَبْنِيٌّ عليه: وهو أنه لا يخلو حال البائع بعد عتق المشتري من أحد أمرين: إمّا أن يمضي البيع. أو يفسخه. فإن أمضى البائع البيع نَفِذَ عتق المشتري على قولين من ثلاثة، وهو على القول الذي يزعم أنّ الملك قد انتقل إلى المشتري بنفس العقد، وعلى القول الذي يزعم أنّ الملك موقوف مراعى؛ لأنّ عتق المشتري صادفَ ملكاً تامّاً.

فأمّا على القول الثالث، وهو أنّ المشتري لا يملك، إلا بالعقد والتفرّق، فعتق المشتري، باطل غير نافذٍ؛ لأنه قد تلفّظَ بالعتق قبل ملكه، وقد قال النبيّ ﷺ: «لا عِتْقَ قَبْلَ مِلْكٍ»(٢).

ثم المشتري على هذا القول، بالخيار بين أن يستأنف عتقه، وبين أن يستديم رِقَّهُ وإن فسخ البائعُ البيعَ، بطل عتق المشتري على قولين من ثلاثة:

وهو إذا قيل: إنّه لا يملك بالعقد والافتراق، أو أنّ الملك موقوف مراعى؛ لأنّه تلفّظ بعتق ما لا يملك. فأمّا على القول الثالث: وهو أنّ المشتري يملك بنفس العقد، فلا يخلو حال المشتري المعتق من أحد أمرين: إما أن يكون موسِراً، أو معسراً: فإن كان المشتري معسراً، فعتقه باطل بوفاق أصحابنا كافّة، لأنّ للبائع فسخ البيع؛ لحفظ الرقبة، وطلب الحظّ، فلم يجز أن يبطل المشتري بعتقه ما يستحقه البائع بالفسخ.

---

(١) تقدم تخريجه.

(٢) أخرجه أبو داود (٢١٩٠)، والترمذي (١١٨١)، وابن ماجه (٢٠٤٨)، والحاكم (٢/ ٤١٩)، وأحمد (٢/ ١٩٠)، وعبد الرزاق (١١٤٥٦، ١١٤٥٧، ١١٤٥٨).

وإن كان المشتري موسراً، فقد كان أبو العباس بن سريج يخرج نفوذ عتقه على وجهين من اختلاف قوليّ الشافعي في عتق الراهن لعبده المرهون.

أحد الوجهين: أنّ عتقه باطل؛ لحجر البائع عليه. **والثاني**: أنّ عتقه جائز؛ لأنّ العتق لما سَرَى إلى غير الملك في حِصَّةِ الشريك، كان وقوعه في الملك ورفعه لحجر البائع أولى.

وكان أبو الطّيب بن سلمة، وأبو إسحاق المروزي، وأبو علي بن أبي هريرة، ينكرون تخريج أبي العبّاس، ويبطلون العتق وجهاً واحداً، لأنّ المشتري وإن كان على هذا القول مالكاً، فخيار البائع يوقع عليه حجراً والمحجور عليه في ماله لا ينفذ عتقه كالسفيه.

والفرق بين هذا وبينا الراهن حيث ينفذ عتقه في عبده المرهون على أحد القولين وإن كان عليه حجر للمرتهن، أنّ حقّ المرتهن متعلّق بذمة الراهن، والرهن وثيقة فيه، فضعف حجره عليه، وليس كذلك البائع. فإن قيل: ببطلان عتق المشتري ـ وهو الصحيح ـ استرجع البائع عبده بالفسخ، ولم يلزم المشتري قيمةٌ ولا ثمنٌ، لبطلان العتق. وإن قيل: بنفوذ عتق المشتري فلا بد للبائع على العبد، لنفوذ عتقه، وصحة حريته. وعلى المشتري ضمانه للبائع، وفيما يضمنه به وجهان:

أحدهما: أنه يضمنه بالثمن المسمّى، ويصير عتق المشتري مبطلاً لفسخ البائع.

الثاني: ـ وهو أصح ـ يضمنه بالقيمة؛ لأنّ بقاء الخيار، يثبت فسخ البائع، وفسخ البائع يوجب رفع العقدِ والثمن المسمّى فيه، وإذا بطل العقد، صار المشتري مستهلكاً للعبد بغير عقد، فوجب أن يضمنه بقيمته كسائر المتلفات. فهذا حكم عتق المشتري.

فصل

فأمّا إذا فعل المشتري بالمبيع في وقت الخيار تصرفاً غير العتق، فعلى ثلاثة أضرب:

أحدها: ما يكون حكمه حكم العتق على ما مضى من إمضاء البائع دون فسخه، وذلك: الوقفُ، والتدبيرُ، والوصيّةُ.

الثاني: ما كان مردوداً باطلاً على الأحوال كلّها، سواء انفسخ البيع أو تمّ، وذلك: البيع، والإجارة، والرهن، والهبة.

الثالث: ما اختلف أصحابنا فيه، وذلك: الكتابة، ففيها وجهان: **أحدهما**: كالضرب الأوّل، فَتكون كالعتق؛ لأنّه يفضي إليه.

الثاني: أنّه كالضرب الثاني، فيكون باطلاً؛ لأنّه عقد معاوضة كالبيع.

وجميع ما ذكرنا من تصرّف المشتري في المبيع بعتقٍ كان أو غيره إذا كان بغير أمر البائع. فأما إذا كان بأمر البائع وعن إذنه، فجميعه نافذٌ ماضٍ، ويكون تصرُّفُ المشتري بذلك عن إذن البائع اختياراً منهما لإمضاء البيع وقطع الخيار.

فإن قيل: أفيكون تصرفُ المشتري بما ذكرنا من العتق وغيره عن غير أمر البائع رضا منه لإمضاء البيع وقطع الخيار من جهته؟

قيل: لا يخلو حال تصرفِهِ من أحد أمرين: إمّا أن يكون في خيار الثلاث. أو في خيار المجلس.

فإن كان تصّرفه بما ذكرنا في خيار الثلاث، كان ذلك رضا منه لإمضاء البيع وقطع الخيار، ويكون خيار البائع باقياً؛ لأنّ خيار الثلاث لا يمتنع ثبوته لأحد المتبايعين دون الآخر، وكذا لو اختار إمضاء البيع بصريح القول، فقال: قد اخترت الإمضاء، انقطع خياره، ويكون خيار البائع باقياً له بحاله. وإن كان تصرّفه بما ذكرنا في خيار المجلس، أو قال: قد اخترت إمضاء البيع: فإن قابله البائع بالإمضاء على الفور كان ذلك قطعاً لخيارهما: **أما الأوّل**: فبالتصرفِ الدّالِ على الرضا من جهته، أو بصريح اختياره. **وأما الثاني**: فبمقابلته له على إجازة تصرفه.

وإن لم يقابله البائع بالإمضاء على الفور، بل أمسك عن الرضا، ولم يصرح في تصرفه بالاختيار. فلا يخلو تصرف المشتري من أحد أمرين: إمّا أن يكون مما يلزمه حكمه في الحال كالعتق والوقف والتدبير، فيكون ذلك قطعاً لخياره ورضاً للإمضاء من جهته ويكون خيار البائع باقياً.

وإنما بطل خيار المشتري؛ لأن بقاء خياره يمنع من لزوم حكم تصرفه، فلمّا كان حكم تصرفه لازماً له، أوجب سقوط خياره. وإن كان تصرّفه مما لا يلزم حكمه في الحال كالبيع، والإجارة لافتقارهما إلى صريح الاختيار.

فقد اختلف أصحابنا فيه على وجهين:

أحدهما: وهو قول البغداديين: أنّه يكون قطعاً لخياره، وإن كان خيار البائع باقياً، كما لو اختار قطع ذلك في خيار الثلاث.

الثاني: وهو قول البصريين وهو الصحيح: أنّه لا يكون ذلك قطعاً لخياره، وإنّما كان كذلك، لأنّ من حكم خيار المجلس أن يثبت للمتبايعين معاً، ولا يثبت لأحدهما دون الآخر، فلمّا كان الخيار باقياً للبائع وإن حدث من تصرف المشتري وقوله ما حدث، اقتضى أن يكون الخيار باقياً للمشتري وإن حدث من تصرّفه وقوله ما حدث؛ ليكونا سواء فيما أوجب العقد تساويهما فيه.

وبهذا المعنى فارق خيار الثلاث حيث كان هذا التصرف من المشتري قاطعاً لخياره وإن بقي خيار البائع؛ لأنّ خيار الثلاث يجوز ثبوته لأحدهما دون الآخر. فهذا الكلام في عتق المشتري وتصرفه.

فصل

فأمّا عتق البائع للعبد المبيع في زمان الخيار، فنافذٌ على الأقاويل كلّها، وليس للمشتري اعتراض وإن قيل: إنّه قد ملك، والفرق بين عتق البائع ـ حيث نفذ على الأقاويل كلّها ـ وبين عتق المشتري:

أنّ عتق البائع، فسخٌ، وعتق المشتري، إمضاءٌ. وفسخ البائع مقدّم على إمضاء المشتري، فلذلك نفذ عتقه، وإن لم ينفذ عتق المشتري.

وكذلك تصرّف البائع بغير العتق ماضٍ، ويكون فسخاً، كما لو آجر. أو رهن، أو وهب، أو وصى، أو وقف، أو دبّر، كانَ جميعه ماضياً، وكان للعقد فاسخاً. وسواء كان البائع قد أقبض المبيع في زمان الخيار، أو لم يحصل القبض.

قال أبو العبّاس بن سريج: فلو كان البائع بعد أن تقابضا العبد المبيع، وهبه للمشتري في زمان الخيار، جازت الهبة، وافنسخ البيع، واحتاج المشتري إلى تجديد قبض الهبة؛ لأنه كان مقبوضاً في يده بالبيع لا بالهبة.

فإن مات العبد قبل تجديد القبض، مات على ملك البائع الواهب، لأنّ الهبة لم تتمّ قبل القبض، وكان مضموناً على المشتري بالقيمة دون الثمن، لأنّه مضمون عليه بالفسخ، والهبة لم تتمّ بالقبض، فلم يسقط الضمان. وفي المسألة قول ثانٍ، لم يحكه أبو العباس: أنّ العبد إذا كان في قبض الموهوب له، لم يحتج إلى تجديد قبض، وإنّما تصح الهبة بالعقد وأن يمضي بعده زمان القبض.

فعلى هذا القول يكون العبد تالفاً من ملك المشتري، ولا ضمان عليه، لصحة الهبة.

فصل

إذا قال المشتري في خيار المجلس للعبد المبيع: إن تَمَّ العقد بيننا وانبرم فأنت حُرٌّ. فهذا القول لا يمنعه من اختيار الفسخ، بخلاف ما مضى من تعجيل عتقه.

ثم ينظر: فإن انفسخ البيع بفسخ البائع، أو بفسخ المشتري، رجع العبد إلى البائع، ولم يعتق، فإن تَمَّ البيع وصح، عتق على المشتري، إن قيل: إنّه قد ملك بنفس العقد، أو قيل: إنّه موقوف مراعى، لوجود الصفة، وتقدم القول في ملكه. وإن قيل: إنّه لا يملك إلا بالعقد والافتراق، لم يعتق عليه العبد، وإن وجدت صفة عتقه بتمام البيع؛ لأنّه علّق قوله بالعتق في زمان لم يكن له ملك، فجرى مجرى قوله لعبد غيره: إن ملكتك فأنت حرٌّ، فملكه، لم يعتق عليه لقوله ﷺ: «لا عِتْقَ قبْلَ مِلْكٍ».

فلو كان المشتري قال: إن انفسخ البيع بيننا فأنت حرّ، لم يعتق عليه، وإن حصل الفسخ، لأنه بالفسخ قد صار في ملك غيره، وإن تَمَّ البيع فأحرى أن لا يعتق، لأن تمام البيع ليس صفة لعتقه. فلو كان البائع، قد قال في زمان الخيار للعبد المبيع: إن انفسخ البيع، فأنت حرّ، فانفسخ البيع إما بفسخه أو بفسخ المشتري، عتق على البائع على الأقاويل كلّها، لأنه كان عند عقد الصفقة بعتقه ممن يصح منه تعجيل عتقه، وقد وجدت الصفة في ملكه. فلو كان البائع قال: إن تمَّ البيع فأنت حرّ، فتم البيع، لم يعتق عليه، لوجود الصفة في غير ملكه.

فصل

إذا اشترى من يعتق عليه بالملك من والد أو ولد، جاز أن يشتريه مطلقاً من غير اشتراط خيار، فيثبت فيه خيار المجلس بالعقد ولا يثبت فيه خيار الثلاث لفقد الشرط، ويجوز أن يشتريه مقيّداً بشرط خيار الثلاث، فيثبت فيه خيار المجلس بالعقد، وخيار الثلاث بالشرط، فإن أراد البائع فسخ البيع في مدة الخيار، فذلك له على الأقاويل كلها، سواء كان في مدّة خيار المجلس أو خيار الثلاث.

ويفارق استئناف المشتري عتق الأَمةِ في مدّة الخيار، حيث كان مانعاً من فسخ البائع في تخريج أبي العباس على أحد الأقاويل؛ لأن العتق إنما يقع في هذا الموضع حكماً

لموجب البيع ويثبت بالعقد الذي يجتمعان عليه، وعتق المشتري إذا انفرد به جرى مجرى الإتلاف. فأما إن أراد المشتري فسخ البيع في مدة الخيار:

فإن كان الخيار لهما جميعاً، جاز للمشتري فسخ البيع على الأقاويل كلها، لما ذكرنا من التعليل، وهو أنه يعتق حكماً بالعقد الذي يجتمعان عليه.

وإن كان الخيار للمشتري وحده، جاز أن يفسخ إذا قيل: إنّه لا يملك إلا بالعقد والافتراق، أو إنه مراعى، لأنه يفسخ قبل تمام ملكه. فأما إذا قيل: إنه قد يملك بمجرد العقد، فعلى وجهين:

أحدهما: له الفسخ، ولا يعتق عليه ما لم يمض زمان خياره؛ لأن خيار الفسخ من موجبات العقد، فلم يجز أن يثبت العقد مع انتفاء موجبه.

الثاني: وهو الصحيح: ليس له أن يفسخ، وقد عتق عليه وسقط حكم خياره، لأن الخيار موضوع لطلب الحظّ، وتوفير الربح فيما وقع عليه العقد، وهذا المعنى مفقود فيمن يعتق بالملك، فلم يكن لثبوت الخيار في ابتياعه وجه.

مسألة[1]: قَالَ الشَّافِعِيُّ رَحِمَهُ اللَّهُ تَعَالَى: «وَلَوْ عَجَّلَ الْمُشْتَرِي فَوطِئَهَا فَأَحْبَلَهَا قَبْلَ التَّفَرُّقِ فِي غَفْلَةٍ مِنَ الْبَائِعِ، واخْتَارَ الْبَائِعُ فَسْخَ الْبَيْعِ، كَانَ عَلَى الْمُشْتَرِي مَهْرُ مِثْلِهَا، وَقِيمَةُ وَلَدِهِ مِنْهَا يَوْمَ تَلِدُهُ، وَلَحِقَهُ بِالشُّبْهَةِ».

قال في الحاوي: وهذا كما قال: إذا وطيء المشتري الجارية المبيعة في مدة الخيار، فعلى ضربين:

أحدهما: أن يكون وطؤه فيما دون الفرج، فلا مهر فيه سواء تمَّ البيع أو انفسخ. وهل يوجب ذلك تحريم المصاهرة أم لا؟ على قولين:

والثاني: أن يطأ في الفرج، فهذا على ضربين:

أحدهما: أن تحبل بوطئه. **والثاني**: أن لا تحبل.

فإن لم تحبل بوطئه، فلا حَدَّ عليه فيه على الأقاويل كلها، لشبهة الملك.

فأما المهر، فمعتبر بتمام البيع وفسخه: فإن تمّ البيع بينهما، فلا مهر عليه إن قيل: إنه قد ملك بنفس العقد، أو قيل: إنه مراعى، لأن وطأه: صادف ملكه. وإن قيل: إنّه لا يملك إلا بالعقد والافتراق، ففي وجوب المهر عليه وجهان مبنيان على اختلاف الوجهين في خيار المجلس والشرط، هل يجري مجرى خيار العيب أو مجرى خيار البذل والقبول؟

أحدهما: أنه يجري مجرى خيار العيب فعلى هذا لا مهر عليه.

والثاني: أنه يجري مجرى خيار البذل والقبول، فعلى هذا عليه المهر.

وإن انفسخ البيع بينهما، فعليه المهر إن قيل: لا يملك إلا بالعقد والافتراق، أو قيل: إنه مراعى.

فأما إن قيل: إنه قد ملك بنفس العقد، ففي وجوب المهر عليه وجهان على ما مضى.

---

(١) انظر الأم (٢/١٣٣).

فصل

وإن أحبلها بوطئه، فالولد حرّ يلحق به: ويتعلق على ذلك ثلاثة أحكام:

أحدها: في المهر، وهو على ما مضى سواء.

والثاني: في قيمة الولد، وهو كالمهر.

إن تمّ البيع بينهما، فلا قيمة للولد عليه، إن قيل: إنّه قد ملك بنفس العقد، أو قيل: إنّه مراعى. وإن قيل: إنّه لا يملك إلا بالعقد والافتراق، ففي وجوب قيمته وجهان:

أحدهما: عليه القيمة، لأنها حملت به في غير ملكه.

والثاني: لا قيمة عليه، لأنها تضعه في ملكه.

وإن انفسخ البيع بينهما، فعليه قيمة الولد إن قيل: لا يملك إلا بالعقد والافتراق، أو قيل: إنه مراعى. وإن قيل: إنّه قد ملك بنفس العقد، ففي وجوب قيمته وجهان:

أحدهما: ليس عليه قيمته، لأنّها علقت به في ملكه. **والثاني:** عليه قيمته؛ لأنها تضعه في غير ملكه.

والثالث: في كونها أم ولد أم لا؟ وهو مبني على أصل نذكره، ثم نبني جواب المسألة عليه، وذلك أنّه لا يخلو ولد الأمة من ثلاثة أضرب:

أحدها: إن تعلق بمملوك، إمّا من زواجٍ أو زناً، فلا تصير به أم ولد للواطىء في الحال ولا في ثاني حال.

والثاني: إن تعلق بحرٍّ في ملك كالسيد يطأ أمته، فتعلق منه، فقد صارت به أمَّ ولد في الحال.

فلو كان قد تعلق برقبتها حقّ الغير فبيعت فيه كالمرتهن إذا بيعت في حقّه، ثم ملكها من بعد، صارت أم ولد قولاً واحداً.

والثالث: إن تعلق بحرٍّ في غير ملك كوطء الشبهة، فلا تصير به أمّ ولد في الحال. وهل تصير به أمّ ولد إذا ملكها في ثاني حال؟ على قولين:

فإذا ثبت هذا الأصل، فلا يخلو حال العقد عليها من أحد أمرين:

إما أن يتمَّ بينهما، أو ينفسخ. فإن تمَّ البيع بينهما، صارت أمَّ ولد له، إذا قيل: إنه قد ملك بنفس العقد أو قيل: إنّه مراعى؛ لأنّها علقت منه بحرٍّ في ملك.

فأَمّا إن قيل: إنّه يملك إلاّ بالعقد والافتراق، فهل تصير له أمّ ولد أم لا؟ على قولين، لأنّها قد كانت علقت منه بحرّ في غير ملك.

وإن انفسخ البيع بينهما، صح الفسخ وكان للبائع أن يتصرَّف فيها بعد الفسخ كيف شاء من بيع أو غيره؛ لأن تعلق حقّه برقبتها مقدم على حرية ولدها، كحقّ المرتهن، إذا صارت الأمة المرهونة أمّ ولد للراهن. وإن ملكها المشتري فيما بعد، فإن قيل: إنه قد كان ملكها بنفس العقد، صارت له أمّ ولد، لأنّها قد كانت علقت منه بحرّ في ملكه. وإن قيل: إنه لم يكن مالكاً إلا بالعقد والافتراق، أو قيل: إن الملك مراعى، فهل تكون أم ولد له أم لا؟ على قولين، لأنّها قد كانت علقت منه بحرّ في غير ملك.

فصل

وأما قول الشافعي: ولو عجّل المشتري، فوطئها، فأحبلها قبل التفرق.

فقد أنكر عليه قومٌ، وقالوا: إحبالها قبل التفرّق مستحيل. وعنه جوابان:

أحدهما: أنه على التقديم والتأخير، وتقدير الكلام: ولو عجّل المشتري فوطئها قبل التفرق في غفلة من البائع فأحبلها، وهذا مستقيم، فقدّم لفظ الإحبال، وإن كان في المعنى مؤخراً.

والثاني: أن الكلام على حاله لا تقديم فيه ولا تأخير، ومعناه مستقيم؛ لأنَّ الإحبال يقع قبل التفرق؛ لأنه حادث عن الوطء، وإنما يتأخر ظهوره، وليس تأخّر ظهوره بمانع من حصوله.

وأما قوله: في غفلة من البائع: ففيه تأويلان:

أحدهما: أنه شرط في بقاء الخيار للبائع، ولو رآه البائع يطأ كان رضاً منه لإمضاء البيع وقطعاً لخياره. وهذا قول أبي العباس بن سريج، لأن البائع يستحق بخياره منع المشتري من التصرّف، فإذا رآه يتصرّف، فأمسك عن منعه، كان راضياً به، فبطل خياره.

والثاني: أنه قال ذلك لتحقيق صورة المسألة، إذ بعيد في العادة أن يطأ الناس بحضرة الناس، فأحبّ أن يصوّرها على ما يصح وجودها في العرف، ولا يكون ذلك شرطاً في خيار البائع، ولا تكون رؤية البائع. وعدم إنكاره قطعاً لخياره، لأن الرضا لا يكون مأخوذاً من فعل الغير والله أعلم.

فصل

فأما وطء المشتري، فهل يكون قاطعاً لخياره ورضاً منه لإمضاء البيع أم لا؟ على وجهين:

أحدهما: وهو قول أبي العباس بن سريج: يكون قاطعاً لخياره كوطء البائع.

والثاني: وهو قول أبي إسحاق المروزي: إن وطء المشتري لا يكون رضاً لإمضاء البيع، وإن كان وطء البائع رضاً للفسخ.

والفرق بينهما: أن البيع لما لم يصح إلا بالقول، لم يصح إمساكه والرضا به إلاّ بالقول. ولما كان الملك قد يحصل بالفعل كالاصطياد والاحتشاش، جاز أن يكون الرد إلى الملك بالفعل يفسخ البيع فيصح بالفعل.

مسألة[١]: قَالَ الشَّافِعِيُّ رَحِمَهُ اللَّهُ تَعَالَى: «وَإِنْ وَطِئَهَا الْبَائِعُ، فَهِيَ أَمَتُهُ وَالْوَطْءُ اخْتِيَارٌ لِفَسْخِ الْبَيْعِ».

قال في الحاوي: وهذا صحيح، وإذا وطىء البائع الجارية المبيعة في مدّة الخيار، كان فسخاً للبيع على الأقاويل كلّها، لما ذكرنا: من أن الملك لمّا حصل بالفعل، جاز أن يكون الردُّ إليه يحصل بالفعل، وبهذا المعنى يقع الفرق بين فسخ البيع حيث كان بالوطء، وبين رجعة المطلقة، حيث لم يجز أن يكون بالوطء: لأن النكاح لمّا لم يصح إلا بالقول لم تصح الرجعة إليه إلا بالقول، والملك لمّا حصل بالفعل جاز أن يصح الردّ إليه بالفعل.

مسألة[٢]: قَالَ الْمُزَنِي: وَهَذَا عِنْدِي دَلِيلٌ عَلَى أَنَّهُ إِذَا قَالَ لامْرَأَتَيْنِ لَهُ: إِحْدَاكُمَا طَالِقٌ، فَكَانَ لَهُ الْخِيَارُ، فَإِنْ وَطِىء إِحْدَاهُمَا أَشْبَه أَنْ يَكُونَ قَدِ اخْتَارَهَا، وَقَدْ طُلِّقَتِ الأُخْرَى. كَمَا جَعَلَ الْوَطْء اخْتِيَاراً لِفَسْخِ الْبَيْعِ».

---

(١) انظر الأم (٢/ ١٣٣).

(٢) انظر الأم (٢/ ١٣٣).

قال في الحاوي: ولهذه المسألة حالتان:

إحداهما: أن يقول لإحدى زوجتيه: إحداكما طالق أو لأمتيه: إحداكما حرة، ويعيّن وقوع الطلاق في إحدى زوجتيه والعتق في إحدى أمتيه:

فإن كان كذلك لم يكن وطء إحداهما بياناً لوقوع الطلاق والعتق لغير الموطوءة، لأنّه قد وقع معيّناً باللفظ قبل الوطء.

والثانية: أن يكون قد أبهم الطلاق في زوجتيه والعتق في أمتيه من غير أن يكون قد عيّنه في واحدة منهما، ففيه وجهان:

أحدهما: وهو قول أبي إسحاق المروزي: الوطء يكون اختياراً لإمساك الموطوءة وطلاق الأخرى إن كانت زوجته، وعتقها إن كانت أمة، كما ذكره المزني.

والثاني: وهو قول أبي سعيد الإصطخري: إن الوطء لا يكون بياناً في الموضوع وإن كان بياناً في فسخ البيع.

والفرق بينهما: أن الطلاق والعتق إزالة للملك، وإزالة الأملاك لا تقع إلا بالقول دون الفعل. وفسخ البيع استرجاع للملك، والأملاك قد تحصل بالقول والفعل والله أعلم.

مسألة[1]: قَالَ الشَّافِعِيُّ رَحِمَهُ اللَّهُ تَعَالَى: «فَإِنْ مَاتَ أَحَدُهُمَا قَبْلَ أَنْ يَتَفَرَّقَا فَالْخِيَارُ لِوَارِثِهِ».

قال في الحاوي: ذكر الشافعي في هذا الموضع من كتاب البيوع أنّ خيار المجلس لا يبطل بالموت ويكون موروثاً. وقال في كتاب المكاتب: إن مات المكاتب وقد باع أو اشترى قبل أن يتفرَّقا، فقد وجب البيع. زاد أبو حامد في جامعه: ولم يكن للسيد الخيار. فظاهر قوله: فقد وجب البيع: يوجب قطع الخيار بالموت وأن لا يكون موروثاً لسيده، وقد صرّح به أبو حامد في الزيادة التي ذكرها.

واختلف أصحابنا في اختلاف نصّه في هذين الموضعين على ثلاثة مذاهب:

أحدها: وهو مذهب أبي إسحاق المروزي: أن المسألة على قولين في الموضعين:

أحدهما: أن الموت يقطع خيار المجلس في بيع الحرّ والمكاتب، ولا ينتقل إلى وارث الحر ولا إلى سيد المكاتب، لأنه لما انقطع الخيار بمفارقة الأبدان، فأولى أن ينقطع بالموت المُفَرِّق بين الأرواح والأبدان.

والثاني: أن الخيار لا ينقطع بالموت، وينتقل إلى وارث الحرّ وسيّد المكاتب ـ وهو أصح القولين ـ لأن الخيار قد ثبت في المجلس بالعقد وفي الثلاث بالشرط، فلمّا لم ينقطع خيار الثلاث بالموت وكان موروثاً، وجب أن لا ينقطع خيار المجلس بالموت ويكون موروثاً. ولأنه لما لم ينقطع خيار المجلس بالتفرق على وجه الإكراه، كان أولى أن لا يبطل بالموت، لأنه أكثر إكراهاً. والمذهب الثاني من مذاهب أصحابنا: وهو قول أبي علي بن أبي هريرة: أن المسألة على قول واحد في الموضعين، وأن الخيار لا ينقطع بالموت، لما ذكرنا، ويكون منتقلاً إلى وارث الحر وسيد المكاتب. وقوله في

---

(١) انظر الأم (٢/ ١٣٤).

المكاتب: فقد وجب البيع: قصد به الردَّ على من زعم أن المكاتب إذا مات في مدّة الخيار بطل البيع، لأنه يموت عبداً.

والمذهب الثالث: أن الجواب مختلف على اختلاف نصّيه في الموضعين، فيكون الخيار متنقلاً عن الحر إلى وارثه، ولا ينقطع بموته. ولا ينتقل عن المكاتب إلى سيّده، وينقطع بموته.

والفرق بينهما: أنّ الحرَّ ينتقل ماله إلى وارثه بالإرث وحدوث الموت، فقام في الخيار مقام مُوَرِّثِهِ، كما قام مقامه في غيره. وليس كذلك المكاتب، لأنه ينتقل ماله إلى سيده بالملك المتقدم، لا بالإرث، فلما بطل خيار المكاتب بالموت لم ينتقل إلى سيده بحق الملك، كالوكيل إذا مات في مدة الخيار لم ينتقل الخيار إلى مُوكِّلِهِ، لأنه ينتقل إليه بحق الملك لا بالإرث.

فصل

فإما إذا جن أحد المتبايعين في خيار المجلس، فالخيار ثابت لا ينقطع بما حدث من الجنون، لأن الحقوق لا تبطل بحدوثه، وسواء فارق المجنون المجلس أو قام فيه، لأن فعل المجنون لا حكم له، فلم ينقطع الخيار بفراقه. وينتقل الخيار عنه إلى ولِيِّه، كما ينتقل خيار الميّت إلى وارثه. ويكون الخيار باقياً لوليّ المجنون ووارث الميت ما لم يعلما بالحال ولم يفارق العاقد الآخر المكان.

فإذا علم وليُّ المجنون ووارثُ الميت، فلهما الخيار في مجلسهما الذي علما فيه ما لم يفارقاه. فإن فارقا المجلس الذي علما فيه، أو فارق العاقد الآخر المكان الذي عقد البيع فيه، فقد انقطع الخيار ولزم البيع.

فصل

فأما خيار الثلاث، فلا يختلف مذهب الشافعي أنه موروث لا يبطل بالموت.

وقال أبو حنيفة: خيار الثلاث يبطل بالموت ولا يورث. استدلالاً بأنه خيار يمنع من انتقال الملك، فوجب أن يبطل بالموت كخيار القبول. قال: ولأن الخيار في المبيع ينفي موجب العقد من جواز التصرّف فيه، كما أن الأجل في الثمن ينفي موجب العقد فمنع من جواز تصرّف البائع فيه، ثم ثبت أن الأجل يبطل بالموت، فاقتضى أن يكون الخيار باطلاً بالموت.

وتحريره قياساً: أنه معنى ينفي موجب العقد، فوجب أن يبطل بالموت كالأجل. قال: ولأنّ الخيار من حقوق العقد، لا من حقوق الملك، والورثة إنما يخلفون الميت في الملك لا في العقد، فوجب أن لا يكون لهم في الخيار حق. ألا ترى أن المُوَكِّلَ لا يثبت له ما ثبت لوكيله من خيار الشرط، لأنه من حقوق العقد. ويثبت له خيار العيب، لأنه من حقوق الملك.

ولأن هذا الخيار مستحق بالشرط، فوجب أن يكون مقصوراً على من شرط له، والوارث لم يشترط له الخيار، فوجب أن لا يستحقه.

ودليلنا: هو أنّه خيار ثابت في بيع، فجاز أن يقوم الوارث فيه مقام مورثه كخيار العيب.

ولأنه معنى يسقط التكليف، فوجب أن لا يقطع الخيار المستحقَّ كالجنون. ولأنّ كل خيار لا ينقطع بالجنون لا ينقطع بالموت كخيار العيب. ولأنّ الخيار من حقوق الملك لا من حقوق العقد، بدليل ثبوته بعد تقضّي العقد، فوجب إذا انتقل الملك إلى الوارث أن ينتقل إليه بحقوقه كالرهن المشروط في حقه. وفي هذا الاستدلال انفصال.

فأما الجواب عما ذكروه من قياسهم على خيار القبول: فهو أن المعنى في خيار القبول أنّه لمّا بطل بالجنون، بطل بالموت، على أن من أصحابنا من يقول: لم يبطل بالموت، وإنما بطل بالتراخي ومن شروط صحته أن يكون على الفور، وهذا قول أبي القاسم الداركي.

حتى قال: لو كان الموت عقيب البذل، فقال الوارث في الحال: قد قبلت، صح العقد، إذا لم يقع التراخي بين بذل البائع وقبول الوارث. وهذا قول يخالف الإجماع. والجواب الأول: هو الصحيح.

وأما الجواب عن قياسهم على الأجل: فالمعنى فيه: أن الموت لما أتلف الذمّة التي أثبت فيها الدين المؤجّلُ، أبطل الأجلَ، لتلف مَحَلِّهِ، ولم يجز أن ينتقل الدين بأجله إلى ذِمَّةِ الوارث، لأنّ صاحب الدين لم يرض بِذمَّتِهِ. وليس كذلك الخيار، لأنّه مستحق في المبيع الموجود بعد الموت، كوجوده قبل الموت، فجاز أن لا يبطل بالموت، ألا ترى أن موت من له الدين لما لم يكن متلفاً للذمة التي يثبت فيها الأجل لم يكن موته مبطلاً للأجل.

وأما الجواب عن قولهم: لأنه مستحق بالشرط، فوجب أن يكون مقصوراً على من له الشرط: فهو أنه باطل بالصفة المشروطة في المبيع، وهو أن يبتاع عبداً على أنه صانع فيوجد غير صانع فللوارث الخيار في فسخ البيع، لعدم الصفة المستحقة بالشرط وإن كان الشرط لغيره، على أن الخيار حق عليه فلم يصح إعراضه في اختلاف مستحقيه كالدين.

فصل

فإذا ثبت أن خيار الثلاث موروث. فإن كان الوارث واحداً، كان بالخيار في مدّة الخيار بين إمضاء البيع في المبيع كلِّهِ أو فسخ جميعه. وإن كانوا جماعة: فإذا اتفقوا على إمساك المبيع كلّه أو ردّ جميعه، فذاك لهم. وإن أراد بعضهم الردَّ وبعضهم الإمساك؟ فمذهب الشافعي: أنه ليس لهم ذلك، وقيل لمن أراد الردّ: لا حق لك في الردِّ إلا أن يردّ الباقون معك، لأن الصفقة واحدة، فلم يجز تبعيضها على البائع.

وفيه وجه آخر أنه يجوز لكل واحد من الورثة أن ينفرد بردّ حصته دون شركائه، لأنه يردّ جميع ما استحقه بالعقد، فصار في حكم المشترين صفقة. هذا كله إذا كان الميت هو المشتري. أما إن كان الميت هو البائعُ، فلكل واحد من ورثته أن ينفرد، فيفسخ البيع في حصته، لا يختلف فيه المذهب بخلاف ورثة المشتري، وإنما كان كذلك، لأنه إذا فسخ بعض ورثة البائع في حصته، ثبت للمشتري خيار الفسخ في الباقي، لتبعيض الصفقة، فأمكنه دفع الضرر عن نفسه. وليس كذلك إذا مات المشتري فأمسك بعض ورثته وردّ بعضهم، لأن البائع لا يثبت له بذلك خيار يمكنه أن يدفع به الضرر عن نفسه.

فصل

إذا مات أحد المتعاقدين في مدة خيار الثلاث، فلم يعلم الوارث حتى مضت الثلاث، سقط الخيار ولزم البيع، لأن تحديد الخيار بالثلاث يمنع من ثبوته بعد الثلاث.

مسألة[1]: قَالَ الشَّافِعِيُّ رَحِمَهُ اللَّهُ تَعَالَى: «وَإِنْ كَانَتْ بَهِيمَةً فَنَتَجَتْ قَبْلَ التَّفَرُّقِ ثُمَّ تَفَرَّقَا، فَوَلَدَهَا لِلْمُشْتَرِي، لأَنَّ الْعَقْدَ وَقَعَ وَهُوَ حَمْلٌ».

قال في الحاوي: وهذه المسألة مبنية على أصلين: **أحدهما**: ملك المبيع بماذا ينتقل إلى المشتري؟ وفيه ثلاثة أقاويل مضت. **والثاني**: في الحمل، هل يأخذ قسطاً من الثمن أو يكون تبعاً؟ على قولين:

أحدهما: يكون تبعاً، ولا يأخذ من الثمن قسطاً كالسَّمْنِ والأعضاء، لأنه لو أعتق الأمّ سرى العتق إلى حملها كسرايته إلى أعضائها التابعة لها.

والثاني: يأخذ قسطاً من الثمن كاللبن، لأنّه لو أعتق الحمل لم يسر العتق إلى أمّه، ولو كان تبعاً لها كأعضائها لسرى عتقه إليها كما يسري عتق أعضائها إليها. فإذا ثبت هذان الأصلان: فصورة مسألة الكتاب في رجل ابتاع بهيمة حاملاً، فوضعت بعد العقد وقبل الافتراق. فإن قلنا: إنّه يأخذ قسطاً من الثمن، صار العقد كأنه قد تناولهما معاً. فإن تمَّ البيع كان الولد للمشتري مع الأمِّ.

وإن انفسخ البيع كان الولد للبائع ـ وهذا على الأقاويل كلّها ـ ويكون الولد مضموناً على البائع، حتى يُسَلِّمَهُ، ومضموناً على المشتري إذا تَسَلَّمَهُ.

وإن قلنا: إن الحمل تبعٌ: فلا يخلو حال البيع من أن يتم، أو ينفسخ: فإن تم البيع، فحكم الولد مبنيٌّ على الأقاويل الثلاثة في انتقال الملك.

فإن قلنا: إنَّ الملك ينتقل بنفس العقد، أو قلنا: إنه مراع، فالولد للمشتري، لحدوثه في ملكه.

وهل يكون مضموناً على البائع، حتى يُسَلِّمَهُ؟ على وجهين مخرجين من اختلاف قوله في نَمَاءِ الصِّداق.

هل يكون مضموناً على الزوج أم لا؟

وإن قلنا: إن الملك لا ينتقل إلا بالعقد وقطع الخيار، ففي الولد وجهان مبنيّان على اختلاف أصحابنا في خيار المجلس، هل يجري مجرى خيار العيب أو مجرى خيار القبول؟ على وجهين:

أحدهما: أنه يكون للمشتري، وهذا إذا قيل: إنه يجري مجرى خيار العيب.

فعلى هذا هل يكون مضموناً على البائع إذا كانت الولادة قبل التسليم؟ على وجهين:

والثاني: أنه يكون للبائع، وهذا إذا قيل: إنه يجري مجرى خيار القبول.

فعلى هذا لو كانت الولادة بعد التسليم، لزم المشتري ردّه، ولم يكن مضموناً عليه إلا بالتعدي وجهاً واحداً، لأن المشتري يضمن المبيع في حَقِّ نفسه، فلم يلزمه ضمان النَّمَاءِ في حق غيره، ولما كان البائع يضمن المبيع في حق غيره، جاز أن يلزمه ضمان النَّمَاءِ في حق غيره.

---

(١) انظر الأم (٢/ ١٣٤).

فصل

وإن انفسخ البيع بينهما.

فإن قلنا: إن المشتري لا يملك إلاَّ بالعقد وقطع الخيار، أو قلنا: إنه موقوف مراعى، فالولد للبائع، وهو أمانة في يد المشتري لا يضمنه إلا بالتعدّي.

وإن قلنا: إن المشتري قد ملك بنفس العقد فعلى وجهين:

أحدهما: أن الولد للبائع إذا قيل: إن هذا الخيار مجرى خيار القبول، ويكون أمانةً في يد المشتري.

والثاني: الولد للمشتري إذا قيل: إنّ هذا الخيار يجري مجرى خيار الغيب.

وهل يكون على البائع ضمانه أم لا؟ على وجهين:

وكذا الحكم في كل نَمَاءٍ حدث بعد العقد وقبل قطع الخيار من ثمرة، وكسب، كالولد سواء والله أعلم.

مسألة[1]: قَالَ الشَّافِعِيُّ رَحِمَهُ اللَّهُ تَعَالَى: «وَكَذَلِكَ كُلُّ خِيَارٍ بِشَرْطٍ جَائِزٍ في أَصْلِ الْعَقْدِ».

قال في الحاوي: وهذا صحيح، ويريد به أن جميع ما تقدم من المسائل في عتق المشتري، وعتق البائع، ووطء المشتري، ووطء البائع، ونتاج البهيمة، إذا حدث في خيار الثلاث، فحكمها على ما مضى في خيار المجلس سواء.

وانتقال الملك في خيار الثلاث كانتقاله في خيار المجلس على ثلاثة أقاويل. نحن نوضح معانيها بالتفريع عليها، فمن ذلك:

أن يشتري أمةً، فتحيض بعد العقد وقبل تقضي الخيار فإن قلنا: إن المشتري لا يملك إلاَّ بالعقد وتقضّي الخيار، لم تعتدَّ بهذه الحيضة عن الاستبراء. وإن قلنا: إنه قد ملك بالعقد أو إنه موقوف مراعى، فعلى وجهين:

أحدهما: تعتدُّ بهذه الحيضة عن الاستبراء، لحدوثها في ملكه. **والوجه الثاني**: وهو ظاهر نصه في كتاب الاستبراء: أنه لا تعتدّ بهذه الحيضة عن الاستبراء، لأن الفرج في زمان الخيار محظور عليه، وينبغي أن يقع الاستبراء في زمان الإباحة. وكذا لو ولدت في زمان الخيار من زنا، كان وقوع الاستبراء به كالحيض سواء.

فصل

وإذا اشترى الرجل زوجته الأمةَ، ففي جواز وطئها في مدة الخيار وجهان:

أحدهما: يجوز له وطؤها، لأنها لا تخلو من أن تكون أمته أو زوجته، وأيْهما كانت، حلّ له وطؤها.

والوجه الثاني: وهو ظاهر نص الشافعي: لا يجوز له وطؤها، قال الشافعي: لأنه لا يدري أيطأ بالملك أم بالزوجية؟ فإن تمَّ البيع بينهما، بطل نكاحها، وصارت أمةً

---

(١) انظر الأم (٢/ ١٣٤).

يجوز له وطؤها، وهل عليه أن يستبرئها قبل وطئه أم لا؟ على وجهين مبنيين على الوجهين، هل حَرُمَ عليه وطؤها بعدَ العقد وقبل مضي الخيار أم لا؟ فإن قيل: قد حَرُمَ عليه وطؤها، وجب عليه الاستبراء، لحدوث الملك. وإن قيل: لا يَحْرُمُ عليه وطؤها، لم يجب عليه الاستبراء. وإن انفسخ البيع بينهما: فإن قيل: إنه لا يملك إلا بالعقد وتقضي الخيار، أو أنه موقوف مراعى، فالنكاح بحاله، وهما على الزوجية.

وإن قيل: إنه قد ملك بنفس العقد، ففي فسخ النكاح وجهان:

أحدهما: ينفسخ لوقوع ملكه. **والثاني**: وهو ظاهر مذهبه: أنّ النكاح بحاله لا ينفسخ، لأنّ ملكه وإن تم فهو ملك غير مستقر.

فصل

إذا اشترى الرجل زوجته الأمةَ، ثم طلقها ثلاثاً في مدّة الخيار؟

فإن تم البيع بينهما، لم يقع الطلاق، إن قيل: إنه قد ملك بنفس العقد، أو هو موقوف، وإن قيل: لا يملك إلا بالعقد وتقضي الخيار، ففي وقوع الطلاق وجهان:

أحدهما: لا يقع، لما ذكرنا، ويحلُّ له وطؤها.

والثاني: قد وقع، ولا يحلُّ له وطؤها إلا بعد زوج.

وإن انفسخ البيع بينهما، وقع الطلاق، إن قيل: إنّه لا يملك إلاّ بالعقد وتقضّي الخيار، أو هو موقوف مراعى. وإن قيل: إنه قد ملك بنفس العقد، ففي وقوع الطلاق وجهان والله أعلم.

فصل

وإذا اشترى زوجته الأمة، وكان قد طلقها قبل العقد فراجعها في مدة الخيار:

فإن تمَّ البيع، لم يكن للرجعة تأثير، لأن النكاح قد انفسخ.

وإن انفسخ البيع بينهما، صحت الرجعةُ، إن قيل: إنه لا يملك إلاّ بالعقد وتقضّي الخيار، أو هو موقوف مراعى. فإن قيل قد ملك بنفس العقد، ففي صحة الرجعة وجهان.

مسألة[1]: قَالَ الشَّافِعِيُّ رَحِمَهُ اللَّهُ تَعَالَى: «وَلاَ بَأْسَ بِنَقْدِ الثَّمَنِ فِي بَيْعِ الخِيَارِ».

قال في الحاوي: وهذا كما قال: يجوز للمشتري أن يدفع الثمن في مدة الخيار إلى البائع، وللبائع أن يدفع المبيع فيها إلى المشتري. وكره مالك دفع الثمن في مدة الخيار، ولم يكره دفع المبيع، لأن بالمشتري حاجة إلى تقليب المبيع ونظر عينيه. وهذا خطأ، لأن تسليم الثمن وقبض المبيع من موجب العقد، وما أوجبه العقد لم يمنع منه بعد العقد. وإذا صح جواز ذلك، وقبض المشتري المبيع، لم يكن ذلك قطعاً لخيار البائع، ولا يكون قبض البائع قطعاً لخيار المشتري. ويمنع البائع من التصرف في الثمن، والمشتري في التصرّف في المبيع حتى تنقضي مدة الخيار، لأنّ الخيار يوقع حجراً في التصرّف. فإن تم البيع، استقرّ وجاز التصرف. وإن انفسخ البيع، استرجع المشتري الثمن من البائع، واسترجع البائع المبيع من المشتري.

---

(١) انظر الأم (٢/ ١٣٤).

فلو قال المشتري: لست أَرُدُّ المبيع إلا بعد استرجاع الثمن، وقال البائع: لست أَرُدُّ الثمن إلا بعد استرجاع المبيع، لم يكن لواحد منهما حبس شيء مما بيده، ووجب لمن بدأ بالمطالبة أن يسترجع ما بيد صاحبه ثم يرد عليه ما بيده.

والفرق بين هذا، حيث لم يكن لواحد منهما حبس ما بيده على استرجاع ما بيد صاحبه، وبين أن يتمانعا القبض مع صحة العقد، فيقول البائع: لا أسلم المبيع إلاّ بعد قبض الثمن، ويقول المشتري: لا أدفع الثمن إلاّ بعد قبض المبيع، فيكون لكل واحد منهما حبس ما بيده على قبض ما بيد صاحبه.

إنّ فسخ البيع قد رفع حكم العقد، فكان التسليم لأجل اليد، لا بالعقد، واليد توجب الردّ، وليس كذلك إذا تمانعا مع بقاء العقد، لأن التسليم مستحق بالعقد، والعقد وإن أوجب عليه تسليم ما بيده، فقد أوجب له قبض ما في مقابلته، فجاز أن يكون أحدهما محبوساً على قبض الآخر له كما في الموجبين.

فصل

فلو تلف المبيع في يد المشتري قبل ردّه على البائع، فعلى ضربين:

أحدهما: أن يكون تلفه قبل الفسخ.

والثاني: أن يكون بعد الفسخ. فإن كان تلفه قبل الفسخ في مدة الخيار، فلا يخلو حال الخيار من أحد أمرين: إما أن يكون خيار المجلس، أو خيار الشرط. وإن كان خيار المجلس، فهو مضمون على المشتري بالقيمة دون الثمن على الأقاويل كلها، لا يختلف فيه المذهب، وسواء كان مما له مثل كالحنطة والشعير، أو مما لا مثل له كالثياب والعبيد، لأنّ ما له مثل، إنما يضمن بالمثل دون القيمة إذا لم يكن مضموناً على وجه المعاوضة كالغصب، فأمّا إذا كان مضموناً على وجه المعاوضة كالمقبوض للسوم أو بعقد بيع فاسد، أو مفسوخ، فإنه يضمن بالقيمة دون المثل. وإن كان خيار شرط نُظِرَ. فإن كان الخيار لهما أو للبائع وحده، فهو مضمون على المشتري بالقيمة دون الثمن، لا يختلف.

وإن كان الخيار للمشتري وحده دون البائع، فإن قيل: لا يملك إلا بالعقد وتقضي الخيار، أو هو موقوف مراع، فهو ضامن له بالقيمة دون الثمن.

وإن قيل: إنّه قد ملك بنفس العقد، فعلى وجهين: **أحدهما**: ـ وهو ظاهر نصه في البيوع ـ أنه ضامن له بالقيمة دون الثمن، لأن البيع لم يتمّ.

والثاني: ـ وقد أشار إليه في كتاب الصداق ـ أنه ضامن له بالثمن المسمّى دون القيمة، لأن ثبوت الخيار له وحده يجري مجرى خيار العيب، وإذا تلف المبيع، وقد ثبت فيه خيار العيب كان مضموناً بالثمن دون القيمة، فكذلك في خيار الشرط.

فأما إذا كان تلفه في يد المشتري بعد الفسخ، فلا يضمنه بالثمن، لا يختلف، لاستقرار الفسخ، وإنما يضمنه بالقيمة. فإن تلف قبل الطلب، كان المشتري ضامناً للقيمة سواء كان ممّا له مثل أم لا، لأنه مقبوض على وجه المعاوضة. وإن تلف بعد طلب البائع وبيع المشتري: فإن كان ممّا لا مثل له، ضمنه بالقيمة في أكثر الأمرين.

وإن كان ممّا له مثل، فعلى وجهين:

أحدهما: يضمنه بالقيمة أيضاً؛ لأنه مقبوض على وجه المعاوضة.

والثاني: يضمنه بالمثل، لأنه لما منع من الرد بعد الفسخ والطلب، صار غاصباً، وخرج عن أن يكون معاوضاً.

مسألة(١): قَالَ الشَّافِعِيُّ رَحِمَهُ اللَّهُ تَعَالَى: «وَلاَ يَجُوزُ شَرْطُ خَيَارٍ أَكْثَرَ من ثَلاَثٍ وَلَوْلاَ الْخَبَرُ عَنْ رَسُولِ اللَّهِ ﷺ فِي الْخَيَارِ ثَلاثَةَ أَيَّام فِي الْمُصَرَّاةِ وَلِحِبَّانَ بْنِ مُنْقِذٍ فِيمَا اشْتَرى ثَلاثاً لَمَا جَازَ بَعْدَ التَّفَرُّقِ سَاعَةً وَلاَ يَكُونُ لِلْبَائِعِ الانْتِفَاعُ بالثَّمنِ وَلاَ لِلْمُشْتَرِي الانْتِفَاعُ بِالجَارِيَةِ فَلَمَّا أَجَازَهُ النَّبِيُّ ﷺ عَلَى مَا وَصَفْنَاهُ ثَلاثاً اتَّبَعْنَاهُ وَلَمْ نُجَاوِزْهُ وَذَلِكَ أَنَّ أَمْرَهُ يُشْبِهُ أَنْ يَكُونَ ثَلاثاً حَدًّا».

قال في الحاوي: وهذا كما قال، خيار الشرط، لا يجوز أكثر من ثلاث، وبه قال أبو حنيفة. وقال أحمد وإسحاق: خيار الشرط يجوز مؤبداً من غير تحديد بمدّة معلومة.

وقال ابن أبي ليلى، وأبو يوسف، ومحمد، وأبو ثور: يجوز مؤبداً إذا كان محدوداً بمدة معلومة. وقال مالك: يجوز من خيار الشرط في المبيعات على قدرها وبحسب ما تدعو إليه الحاجة في تعرّف أحوالها، فما أمكن تعرّفُ حاله في يوم، لم يجز أن يشترط فيه ثلاثاً، وما لم يمكن تعرّف حاله إلاّ في شهر، جاز أن يشترط فيه شهراً واستدلوا على جواز اشتراط الخيار فوق ثلاث:

بما روي عن رسول الله ﷺ أنه قال: «الْمُسْلِمُونَ عَلَى شُرُوطِهِم»(٢).

ولأنه خيار معلوم، فوجب أن يثبت في البيع، أصله خيار الثلاث؛ ولأنه شرط ملحق بالبيع يجوز ثلاثاً فوجب أن يجوز أكثر من ثلاث كالأجل؛ ولأن الخيار ضربان:

خيار مجلس، وخيار شرط. فلما جاز أن يمتد خيار المجلس فوق ثلاث، جاز أن يكون الشرط فوق ثلاث. ودليلنا: رواية أبي الزناد عن الأعرج عن أبي هريرة أن رسول الله ﷺ «نَهَى عَنْ بَيْعِ الْغَرَرِ»(٣) فأجيز بالدلالة خيار الثلاث، وبقي ما سواه على حكم المنع.

وروى الشافعي عن سفيان عن ابن إسحاق عن نافع عن ابن عمر: أَنَّ حِبَّانَ بنَ مُنْقِذٍ كَانَ شُجَّ في رَأْسِهِ مَأْمُومَةٌ، فَثَقلَ لِسَانُهُ، وَكَانَ يَخْدَعُ فِي الْبَيْعِ، فَجَعَلَ لَهُ رَسُولُ اللَّهِ ﷺ مَا يُبَايعُ مِنْ شَيْءٍ فَهُوَ بِالْخَيَارِ ثَلاثاً، وَقَالَ رَسُولُ اللَّهِ ﷺ: «قُلْ لا خِلاَبَةَ»(٤) قال ابن عمر رضي الله عنه سمعته يقول: «لاَ جِذَابَةَ».

قال الشافعي: وينبغي للمسلمين أن لا يخلبوا، والخلابة: الخديعة. وجعل النبي ﷺ في المُصَرَّاةِ الخيار ثَلاَثاً(٥): فكانت الدلالة في ذلك من وجهين:

---

(١) انظر الأم (٢/ ١٣٤، ١٣٥).

(٢) أخرجه أبو داود (٣٥٩٤)، والترمذي (١٣٥٢)، وابن ماجه (٢٣٥٣)، والحاكم (٢/ ٤٩)، والدارقطني (٣/ ٢٧)، وابن أبي شيبة (٦/ ١٧٢)، وابن عبد البر في «التمهيد» (٧/ ١١٥).

(٣) تقدم تخريجه.

(٤) أخرجه البخاري (٢١١٧)، ومسلم (٤٨/ ١٥٣٣).

(٥) أخرجه مسلم (٢٥/ ١٥٢٤).

أحدهما: أنّ حبّان كان أحوج الناس إلى الزيادة في الخيار لمكانه من ضعف النظر وحاجته إلى استدراك الخديعة، فلما لم يزد بالشرط على الثلاث دلّ على أنّها غاية الحدّ في العقد.

والثاني: أنّه حدّه بالثلاث، والحدّ يفيد المنع إما من المجاوزة أو من النقصان، فلما جاز النقصان من الثلاث، علم أنه حدٌّ للمنع من مجاوزة الثلاث. ولأن الخيار يمنع من التصرف وموجب العقد جواز التصرف، والشرط إذا كان منافياً لموجب العقد أبطله، كما لو باعه بشرط أن لا يتصرّف فيه ببيع ولا غيره. وتحرير ذلك قياساً: أنّه معنى يمنع مقصود العقد، فوجب أن يفسد به العقد مع استغنائه عنه، أصله إذا باعه بشرط أن لا يبيعه، ولا يدخل عليه خيار الثلاث لأنه لا يستغنى عنه.

ولأنّ الخيار غرر والعقد يمنع من كثير الغرر ولا يمنع من قليله كعقد الرؤية لما كان غرراً جُوِّزَ في توابع البيع ولم يُجَوَّزْ في جميعه، والثلاث في حدّ القلّة، وما زاد عليها في حدّ الكثرة بدليل قوله تعالى في قصة ثمود ﴿فَيَأْخُذَكُمْ عَذَابٌ قَرِيبٌ﴾ [هود: ٦٤] ثم بيّن القريب فقال تعالى: ﴿تَمَتَّعُواْ فِى دَارِكُمْ ثَلَٰثَةَ أَيَّامٍ﴾ [هود: ٦٥] فثبت أن الثلاث في حدّ القلّة، فجاز اشتراط الخيار بها في العقد لقلّة غررها، ولم يجز فيما زاد عليها لكثرة غررها.

فأما الجواب عن قوله ﷺ: «المُسْلِمُونَ عَلَى شُرُوطِهِم» فقد استثنى منه «إِلاَّ شَرْطاً أَحَلَّ حَرَاماً أَوْ حَرَّمَ حَلاَلاً».

وأما الجواب عن قياسهم على خيار الثلاث فالمعنى فيها قِلَّةُ الغرر بها على أنَّ الثلاث رخصة مستثناة من جملة محظورة، فلم يجز القياس عليها.

وأما الجواب عن قياسهم على الأجل: فالمعنى فيه أنّ تأجيل الثمن لا يمنع مقصود العقد، لأن مقصوده طلب الفضل فيه بتوفير الثمن، وهذا موجود في زيادة الأجل، وليس كذلك الخيار، لأنّه يمنع مقصود العقد من جواز التصرّف في الثمن والمثمن.

وأما الجواب عن استدلالهم بخيار المجلس فالمعنى فيه أنه من موجبات العقد، فجازت فيه الجهالة، وخيار الثلاث من موجبات الشرط فلم تجز فيه الجهالة، كالقبض إذا كان مستحقاً بالعقد جاز أن يكون مجهول الوقت، وإذا كان مستحقاً بالشرط لم يجز أن يكون مجهول الوقت.

فصل

فإذا تقرر أنّ خيار ما زاد على الثلاث لا يصح. فمتى عقد البيع بشرط خيار يزيد على الثلاث أو خيار مجهول، كان البيع فاسداً، سواء أبطلا الزيادة على الثلاث في مدّة الثلاث أم لا.

وقال أبو حنيفة: إن اتفقا على إبطال ما زاد على الثلاث قبل تقضّي الثلاث، صح البيع. وإن لم يبطلاه حتى مضت الثلاث، فسد حينئذ البيع. استدلالاً بأن الشرط في مدّة الخيار بعد العقد في حكم الشرط حال العقد، ألا ترى أنهما لو زادا في الثمن أو نقصا منه في مدّة الخيار، أو زادا في الأجل أو نقصا منه، لزم ما اشترطاه من الزيادة والنقصان بعد العقد، كما يلزم لو شرطاه حال العقد، فلما ثبت أنّهما لو شرطا حال

العقد إبطال ما زاد على الثلاث، صح العقد، وجب إذا اشترطا بعد العقد إبطال ما زاد على الثلاث أن يصح العقد.

ودليلنا: نَهْيُهُ ﷺ عَن بَيْعِ الْغَرَر والنهي يقتضي فساد المنهي عنه؛ ولأنّه عقد فاسد، فوجب أن لا يلحقه الصحةَ قياساً على بيع الدرهم بالدرهمين؛ ولأنّه عقد شرط فيه خيار فاسد، فوجب أن يفسده، أصله: إذا لم يبطلاه حتى مضت الثلاث؛ ولأن كلّما أبطل العقد إذا لم يتفقا على تصحيحه بعد العقد، أبطله وإن اتفقا على تصحيحه بعد العقد كالثمن المجهول. ولأنّه شرط ينافي صحة العقد، فوجب أن يبطل به العقد كالأجل المجهول. ولأنّ الخيار في مقابلة جزء من الثمن، ألا ترى أن الثمن في العرف يزيد بزيادته وينقص بنقصانه، فإذا بطل خيار ما زاد على الثلاث، سقط من الثمن ما قابله، فصار باقي الثمن مجهولاً، والبيع يبطل بالثمن المجهول فكذلك بما أوجبه من الخيار الفاسد.

فإن قيل: هذا الاستدلال يفسد بخيار الثلاث إذا شرطا إسقاطه بعد العقد، لأنه قد أسقط من الثمن ما قابله، فأفضى إلى جهالة في باقيه ولم يفسد البيع:

قيل: هذا لا يلزم، لأن الجهالة صارت في الثمن لمعنى حادث بعد العقد، فلم يقدح في صحة العقد، وهناك لمعنى قارن العقد، فقدح في صحة العقد، ألا ترى أنه إذا وجد بالمبيع عيباً فأخذ أرشه صار الثمن مجهولاً ولم يفسد العقد، لأنه لمعنى حادث بعد العقد، ولو قال: قد بعتكه بمائة درهم إلا أرش عيبه فسد العقد، لأنها جهالة بمعنى قارن العقد.

فأما الجواب عن استدلاله بعد فساده بالأجل المجهول: فهو أن العقد إذا زيد في ثمنه أو نقص منه فقد كان وقع صحيحاً وفي هذا الموضع وقع فاسداً، فلم يصح بعد فساده.

فصل

فإذا ثبت أن خيار الثلاث جائز، فإنّ الزيادة على الثلاث فاسدة، والبيع معها فاسد.

فلا بأس باشتراط الثلاث للبائع والمشتري، فلا يجوز للبائع التصرّف فيما قبضه من الثمن، لثبوت الخيار للمشتري، ولا يجوز للمشتري التصرّف فيما قبضه من المبيع، لثبوت الخيار للبائع. ويجوز أن يكون خيار الثلاث مشروطاً للبائع دون المشتري، فلا يتصرّف المشتري في المبيع، لثبوت الخيار، ويجوز للبائع أن يتصرّف في الثمن، لأنّه لا خيار عليه للمشتري، ويكون تصرّفه في الثمن اختياراً للإمضاء. ويجوز أن يكون خيار الثلاث مشروطاً للمشتري دون البائع، فلا يتصرّف البائع في الثمن، لثبوت الخيار للمشتري، ويجوز للمشتري أن يتصرّف في المبيع، لأنّه لا خيار عليه للبائع وهل يكون تصرّفه في المبيع اختياراً للإمضاء؟.

على وجهين ذكرناهما في وقته، وفرّقنا بين تصرّف البائع وتصرّف المشتري بما مضى.

فصل

وإذا جاز اشتراط خيار الثلاث، جاز اشتراط خيار ما دون الثلاث، فيجوز أن

يشترطا خيار يوم، ويجوز أن يشترطا خيار يومين، ويجوز أن يشترط أحدهما خيار يوم والآخر خيار يومين، أو أحدهما خيار ثلاث والآخر خيار يوم.

فلو تبايعا بغير خيار، فقبل افتراقهما شرطاً في العقد خيار يوم، ثبت لهما خيار اليوم، فلو افترقا ثم اجتمعا قبل تقضّيه، فزادا في الخيار يوماً آخر، ثبت الخيار في اليوم الثاني، فإن اجتمعا في اليوم الثاني، فزاد فيه يوماً ثالثاً، ثبت الخيار لهما فيه، فإن اجتمعا قبل تقضي الثالث، فزاد فيه يوماً رابعاً، بطل البيع، لأنّهما لو شرطا ذلك في العقد، بطل، فكذلك إذا ألحقاه بالعقد في مدّة الخيار يجب أن يبطل. فلو أنهما أسقطا اليوم الرابع، لم يصح العقد، لفساد باشتراطه.

فصل

وإذا تبايعا نهاراً وشرطا الخيار إلى الليل، ينقضي الخيار بغروب الشمس.

ولو تبايعا ليلاً بشرط الخيار إلى طلوع الفجر، يقضي الخيار بطلوع الفجر، ولا تكون الغاية داخلةً في شرط الخيار. وقال أبو حنيفة: تدخل الغاية في شرط الخيار، فإذا شرطا في بيع النهار الخيار إلى الليل، دخل الليل في الخيار. وإذا تبايعا ليلاً بشرط الخيار إلى النهار، دخل النهار في الخيار.

ودليلنا: هو أن أهل اللغة مجمعون على أن «من» لابتداء الغاية و«إلى» لانتهاء الغاية، ألا ترى أنهم لو قالوا: سافرت من البصرة إلى الكوفة: دلّوا بذلك على أنّ البصرة ابتداء سفرهم والكوفة غاية سفرهم، فاقتضى أن تكون الغاية خارجة من الحكم، لأنّها حدّ، والحدّ لا يدخل في المحدود، فعلى هذا لو قال: له عليّ من درهم إلى عشرة كان مُقِرّا بتسعة، لأن العاشر غاية. ولو قال لزوجته: أنت طالق من واحدة إلى ثلاث، طلقت طلقتين، لأنهُ جعل الثالثة غاية.

فصل

فإذا اجتمع في العقد خياران: خيار شرع، وخيار شرط. فخيار الشرع، مقدّر باجتماع الأبدان، وخيار الشرط، مقدّر بما شرطا من الزمان. فلو كان خيار الشرط ثلاثاً، فلأصحابنا في ابتدائها وجهان:

أحدهما: وهو قول جمهور أصحابنا: أنّ ابتداءها من بعد انقطاع خيار المجلس، إما بالتفرّق أو التخاير، ولا يدخل أحد الخيارين في الآخر، لأنّ خيار المجلس مستفاد بالشرع وخيار الثلاث مستفاد بالشرط، وإذا كان موجبهما مختلفاً، تميزا ولم يتداخلا.

والثاني: وهو محكي عن أبي إسحاق المروزي: أن ابتداء خيار الثلاث من وقت العقد، ويكون خيار المجلس داخلاً فيه، لأنّه لو اعتبر ابتداؤه من بعد خيار المجلس، لأفضى إلى الجهالة في ابتدائه وانتهائه بجهالة خيار المجلس، وإذا كان خيار الشرط مجهولاً، لم يجز، فاعتبر ابتداؤه من حين العقد فيكون معلوماً، فيجوز.

فعلى هذا إن تفرّقا قبل مضي الثلاث ثبت خيار الثلاث، ولم يكن لخيار المجلس تأثير، وإن لم يتفرقا حتى مضت الثلاث، ثبت خيار المجلس، ولم يكن لخيار الثلاث تأثير.

فصل

فإذا كان زمان الخيار باقياً، فلكلّ واحد من المتعاقدين فسخ العقد من غير حضور صاحبه، وبه قال مالك وإليه رجع أبو يوسف. وقال أبو حنيفة ومحمد: لا يجوز لواحد منهما فسخ البيع إلّا بحضور صاحبه استدلالاً بأنه فسخ عقد، فلم يصح إلا بحضور من يجب عليه الردّ كالإقالة. ولأن الفسخ يوجب انتقال الملك، كما أنّ العقد يوجب انتقال الملك، فلما كان العقد لا يصح إلّا بهما، وجب أن يكون الفسخ لا يصح إلّا بحضورهما.

ودليلنا: ما روي أنّ رسول الله ﷺ جعل لحبّان الخيار ثلاثاً وقال: «قُلْ: لاَ خلاَبَةَ فِي الإِسْلاَمِ» ولم يشترط في خياره حضور صاحبه، فدلّ على استواء حكمه. ولأنه اختيار فسخَ البيع في مدّة خياره، فوجب أن ينفسخ، أصله إذا كان بحضور صاحبه. ولأنّه معنى يقطع الخيار، فوجب إذا لم يكن من شرطه رضا المتعاقدين أن لا يفتقر إلى حضورهما. أصله إجازة البيع. ولأنّ كلّما كان فسخاً بحضور المتعاقدين، كان فسخاً بغيبة أحدهما كوطء البائع وقُبْلَتِهِ للجارية المبيعة. ولأن كل من لم يفتقر رفع العقد إلى رضاه، لم يفتقر إلى حضوره، كالزوج في طلاق امرأته طرداً والإقالة عكساً.

وفيه انفصال عن الاستدلالين: لأنه لما افتقر العقد والإقالة إلى رضاهما، افتقر إلى حضورهما، ولما لم يفتقر الفسخ إلى رضاهما، لم يفتقر إلى حضورهما.

فصل

إذا وكّل رجل رجلاً في بيع شيء أو ابتياع شيء، فهل يجوز للرجل أن يشترط في عقد البيع خيار الثلاث من غير إذن المُوَكِّل أم لا؟ على وجهين:

أحدهما: لا يجوز أن يتشرط خيار الثلاث إلا بإذن من الموكّل صريح، لأن الخيار لا يتناوله العقد إلا بشرط، فلم تتضمنه الوكالة إلا بإذن كالأجل.

والوجه الثاني: يجوز له اشتراط خيار الثلاث من غير إذن الموكّل، لأن الخيار زيادة نظر وطلب حظ بخلاف الأجل.

وإذا كان كذلك، وشرط الوكيل في عقد البيع خيار الثلاث، فهو ثابت للوكيل والموكل، أما الوكيل، فلأجل عقده، وأما الموكل، فلحق ملكه. وإذا كان الخيار لهما، فأيّهما سبق صاحبه إلى قطع الخيار بفسخ أو إجازة، صح، لأن كل واحد منهما قائم مقام صاحبه، فإن سبق الوكيل إلى ذلك ولم يرض به الموكل لزمه، وكذا لو سبق الموكل من غير علم الوكيل صح. والله أعلم.

فصل

إذا باع سلعة على أن يكون خيار الثلاث فيها لزيد. قال الشافعي في كتاب الصرف: جاز، وكان الخيار لزيد، ولم يكن للبائع فيه خيار، ومنع منه في موضع آخر. فاختلف أصحابنا في هذا الشرط على ثلاثة مذاهب:

أحدها: حمل الجواب على ظاهر نصّه الأول، ويصح الشرط، ويكون الخيار لزيد المسمى دون البائع، لأن العقد يمنع اشتراط الخيار، ومستحق الخيار موقوف على قول من شرطَ الخيار.

والثاني: أن هذا الشرط فاسد، ولا يجوز أن يستحق الخيار في البيع إلا من عقده أو عُقِدَ له، وليس زيد المسمّى في استحقاق الخيار له عاقِداً ولا معقوداً له، فلم يجز أن يثبت له في العقد خيار.

والثالث: إن جعل الخيار لزيد على طريق التوكيل له في النظر عن البائع، صح، وثبت الخيار لزيد المسمّى وللبائع معاً، وكان زيد وكيلاً للبائع، فأيهما اختار الفسخ أو الإمضاء لزم: الوكيل أو الموكل. فإن جعل له الخيار ملكاً له دون البائع، أو أطلق الشرط، لم يجز وكان باطلاً. وتعليل هذا المذهب مشترك من تعليل المذهبين الأولين وهو أظهر المذاهب الثلاثة ولأنه لا يجوز أن يثبت الخيار لوكيله دونه.

فإذا قيل: بصحة هذا الشرط على التفصيل المذكور، صح البيع وثبت فيه الشرط.

فإذا قيل: بفساد هذا الشرط، فالصحيح أن البيع يفسد بفساده، ويكون العقد بهذا الشرط باطلاً لمنافاته. وفيه وجه آخر محكي عن أبي العبّاس بن سريج: أن الشرط فاسد والبيع صحيح.

وفيما يتناوله الفساد من الشرط وجهان:

أحدهما: جملة الخيار، فيصير البيع لازماً ولا خيار فيه.

والثاني: أن الفساد إنما توجه إلى اشتراط الخيار لزيد المسمّى، ويكون الخيار ثابتاً للبائع. والله أعلم.

فصل

فإذا قال: بعتك هذه السلعة على استئمار زيد:

قال الشافعي في كتاب الصرف: لم يكن له الردّ إلا أن يقول قد استأمرت زيداً فأذن لي في الردّ. فاختلف أصحابنا في ذلك على وجهين: **أحدهما**: أن هذا الشرط لازم. والجواب فيه على ظاهره وليس له أن يردّ إلا بعد استئمار زيد وإذنه لأجل شرطه.

الثاني: وهو قول أبي إسحاق وكافة البصريين: أنّ هذا الشرط ليس بلازم، وله الردّ في مدّة الخيار، سواء استأمر زيداً أم لم يستأمره، لأن استحقاق الخيار يمنع من أن يكون ممنوعاً من الخيار.

فمن قال بهذا لهم عن جواب الشافعي: لم يكن له الردّ إلا بعد استئماره، تأويلان:

أحدهما: يريد به ليس له إذا ردَّ أن يقول: قد أذن لي في الردّ، إلا بعد استئماره لئلا يكون كذاباً، فكان هذا النهي منه عن الكذب لا عن الردّ.

والثاني: أنه عنى الاحتياط إذا كان زيد أعرف، فيكون معنى قوله: لم يكن له الردّ إلا بعد استئماره: أي لم يكن الحظ في الردّ إلا بعد استئماره، وإن لم يكن ذلك مانعاً من استحقاق الردّ والله أعلم بالصواب.

باب الربا وَمَا لاَ يَجُوز بَعْضُهُ بِبَعْضٍ مُتَفَاضِلاً وَلاَ مُؤَجّلاً وَالصَّرفِ

سَمِعْتُ[1] الْمُزَنِيَّ يَقُولُ: قَالَ الشَّافِعِيّ: أَخْبَرَنِي عَبْدُ الْوَهَّابِ بْنُ عَبْدِ الْمَجِيدِ الثَّقَفِيُّ

(١) انظر الأم (٢/ ١٣٥ ـ ١٣٧).

عَنْ أَيُّوبَ عَنْ مُحَمَّدِ بْنِ سِيرِينَ عَنْ مُسْلِمِ بْنِ يَسَارٍ وَرَجُلٌ آخَرُ عَنْ عُبَادَةُ بْنِ الصَّامِتِ أَنَّ النَّبِيَّ ﷺ قَالَ: «لاَ تَبِيعُوا الذَّهَبَ بِالذَّهَبِ، وَلاَ الْوَرِقَ بالوَرِقِ وَلاَ الْبُرَّ بِالْبُرِّ وَلاَ الشَّعِيرَ بِالشَّعِيرِ وَلاَ التَّمْرَ بِالتَّمْرِ وَلاَ الْمِلْحَ بِالْمِلْحِ إِلاَّ سَوَاءً بِسَوَاءٍ عَيْناً بِعَيْنٍ يَداً بِيَدٍ وَلَكِنْ بِيعُوا الذَّهَبَ بِالْوَرِقِ وَالْوَرِقَ بالذَّهَبِ وَالْبُرَّ بِالشَّعِيرِ وَالشَّعِيرَ بِالْبُرِّ وَالتَّمْرِ بِالْمِلْحِ وَالْمِلْحَ بِالتَّمْرِ يَداً بِيَدٍ كَيْفَ شِئْتُمْ»(1) قَالَ: وَنَقَصَ أَحَدُهُمَا التَّمْرَ وَالْمِلْحَ وَزَادَ الآخَرُ فَمَنْ زَادَ أَوِ اسْتَزَادَ فَقَدْ أَرْبَى. قال الشافعي: وَهُوَ مُوَافِقٌ للأَحَادِيثِ عَنْ رَسُولِ اللَّهِ ﷺ فِي الصَّرْفِ وَبِهِ قُلْنَا».

قال في الحاوي: الأصل في تحريم الربا الكتاب والسنة ثم الإجماع. فأما الكتاب فقوله تعالى: ﴿يَـٰٓأَيُّهَا ٱلَّذِينَ ءَامَنُواْ لَا تَأْكُلُواْ ٱلرِّبَوٰٓاْ أَضْعَـٰفًا مُّضَـٰعَفَةً﴾ [آل عمران: ١٣٠].

معنى قوله: «أضعافاً» مضاعفاً، أي: أضعاف الحق الذي دفعتم، لأن أهل الجاهلية كان الواحد منهم إذا حل دينه قال لغريمه إما أن تعطي أو تربي، فإن أعطاه وإلا أضعف عليه الحق وأضعف له الأجل ثم يفعل كذلك إذا حل حتى يصير الحق أضعافاً مضاعفة، فحظر الله تعالى ذلك لما فيه من الفساد، ثم أكد الزجر عليه بقوله: ﴿وَٱتَّقُواْ ٱلنَّارَ ٱلَّتِىٓ أُعِدَّتْ لِلْكَـٰفِرِينَ ﴿١٣١﴾﴾ [آل عمران: ١٣١]؛ فأخبر أن نار أكل الربا كنار الكافر.

وقال سبحانه وتعالى: ﴿ٱلَّذِينَ يَأْكُلُونَ ٱلرِّبَوٰاْ لَا يَقُومُونَ إِلَّا كَمَا يَقُومُ ٱلَّذِى يَتَخَبَّطُهُ ٱلشَّيْطَـٰنُ مِنَ ٱلْمَسِّ﴾ [البقرة: ٢٧٥] - يعني لا يقومون يوم القيامة من قبورهم إلا كما يقوم الذي يتخبطه الشيطان في الدنيا من المس. يعني: الجنون.

ثم قال تعالى: ﴿ذَٰلِكَ بِأَنَّهُمْ قَالُوٓاْ إِنَّمَا ٱلْبَيْعُ مِثْلُ ٱلرِّبَوٰاْ وَأَحَلَّ ٱللَّهُ ٱلْبَيْعَ وَحَرَّمَ ٱلرِّبَوٰاْ﴾ وهذه الآية نزلت في ثقيف وذلك أنهم كانوا أكثر العرب ربا فلما نزل تحريم الربا قالوا: كيف يحرم الربا وإنما البيع مثل الربا، فرد الله تعالى عليهم قولهم وأبطل جمعهم. ثم قال: ﴿فَمَن جَآءَهُۥ مَوْعِظَةٌ مِّن رَّبِّهِۦ﴾ يعني القرآن ﴿فَٱنتَهَىٰ﴾ ﴿فَلَهُۥ مَا سَلَفَ﴾ يعني ما أكل من الربا. وقال سبحانه وتعالى: ﴿يَـٰٓأَيُّهَا ٱلَّذِينَ ءَامَنُواْ ٱتَّقُواْ ٱللَّهَ وَذَرُواْ مَا بَقِىَ مِنَ ٱلرِّبَوٰٓاْ إِن كُنتُم مُّؤْمِنِينَ ﴿٢٧٨﴾﴾ [البقرة: ٢٧٨] يعني ما لم يقبض من الربا إذا أسلموا عليه تركوه، وما قبضوه قبل الإسلام لم يلزمهم أن يردوه. ثم توعد على ذلك لتوكيد الزجر فقال: ﴿فَإِن لَّمْ تَفْعَلُواْ فَأْذَنُواْ بِحَرْبٍ مِّنَ ٱللَّهِ وَرَسُولِهِۦ وَإِن تُبْتُمْ فَلَكُمْ رُءُوسُ أَمْوَٰلِكُمْ﴾ [البقرة: ٢٧٩] يعني ما دفعتموه ﴿لَا تَظْلِمُونَ وَلَا تُظْلَمُونَ﴾ [البقرة: ٢٧٩]، بأن تمنعوا ﴿رُءُوسُ أَمْوَٰلِكُمْ﴾ ثم قال تيسيراً على خلقه. ﴿وَإِن كَانَ﴾ - من قد أربيتموه - ﴿ذُو عُسْرَةٍ﴾ برأس المال ﴿فَنَظِرَةٌ إِلَىٰ مَيْسَرَةٍ﴾ [البقرة: ٢٨٠] يعني إلى وقت اليسار. وهذه آخر آية نزلت من القرآن على ما روى سعيد بن المسيب أن عمر بن الخطاب رضي الله عنه قال: آخِرُ مَا نُزِلَ مِنَ الْقُرْآنِ آيَةُ الرِّبَا فَإِنَّ نَبِيَّ اللَّهِ ﷺ قبِضَ قَبْلَ أَنْ يُفَسِّرَهَا فَدَعُوا الرِّبَا وَالرِّيبة.

وأما السنة فما روي عن عبد الرحمٰن بن عبد الله بن مسعود عن أبيه قال: لَعَنَ رَسُولُ اللَّهِ ﷺ آكِلَ الرِّبَا وَمُؤَكِّلَهُ وَشَاهِدَهُ وَكَاتِبَهُ(2).

---

(١) أخرجه الشافعي في المسند (٢/ ١٥٧)، ومسلم (٢٦/ ١٥٩١ - ٣٦/ ١٥٩٦).

(٢) أخرجه أبو داود (٣٣٣٣)، والترمذي (١٢٠٦)، والنسائي (٥١٠٣، ٥١٠٤)، والبيهقي في «الكبرى» (١٠٤٦٩).

وروي عن النبي ﷺ أنه قال في خطبة الوداع: «أَلاَ وإِنَّ كُلَّ رِبا مِنْ رِبَا الْجَاهِلِيَّةِ مَوْضُوعٌ لَكُمْ رُؤُوسُ أَمْوَالِكُمْ لاَ تَظْلِمُونَ وَلاَ تُظْلَمُون. فأَوَّلُ رِباً أَضَعُهُ رِبَا عَمِّي الْعَبَّاسِ، أَلاَ وَإِنَّ كُلَّ دَم مِنْ دَمِ الْجَاهِلِيَّةِ مَوْضُوعٌ وَأَوَّلُ دَم أَضَعُهُ دَمُ الْحَارِثِ بْنِ عَبْدِ الْمُطَّلِبِ»[١]. ثم قد أجمع المسلمون على تحريم الربا وإن اختلفوا في فروعه وكيفية تحريمه حتى قيل إن الله تعالى ما أحل الزنا ولا الربا في شريعة قط، وهو معنى قوله: ﴿وَأَخْذِهِمُ ٱلرِّبَوٰاْ وَقَدْ نُهُواْ عَنْهُ﴾ [النساء: ١٦١] يعني: في الكتب السالفة.

فصل

فإذا ثبت تحريم الربا بما ذكرنا من الكتاب والسنة والإجماع فقد اختلف أصحابنا فيما جاء به الكتاب من تحريم الربا على وجهين:

أحدهما: أنه مجمل فسرته السنة. وإن ما جاءت به سنة رسول الله ﷺ فإنما هو تفسير لما تضمنه مجمل كتاب الله عز وجل من الربا نقداً أو نساء.

والثاني: أن تحريم الربا من كتاب الله تعالى إنما يتناول معهود الجاهلية من الربا في النساء وطلب الفضل بزيادة الأجل ثم وردت سنة رسول الله ﷺ بزيادة الربا في النقد فاقترنت بما تضمنه التنزيل، وإلى هذا كان يذهب أبو حامد المروزي.

فصل

فإذا تقرر أن الربا حرام فلا فرق في تحريمه بين دار الإسلام ودار الحرب. فكل عقد كان رباً حراماً بين مسلمين في دار الإسلام، كان رباً حراماً بين مسلم وحربي في دار الحرب سواء دخل المسلم إليها بأمان أو بغير أمان.

وقال أبو حنيفة: لا يحرم الربا على المسلم من الحربي في دار الحرب سواء دخل بأمان أو بغير أمان. احتجاجاً بحديث مكحول أَنَّ النَّبيَّ ﷺ قَالَ: لاَ رِبَاً بَيْنَ مُسْلِمٍ وَحَرْبِيٍّ فِي دَارِ الْحَرْبِ[٢]، ولأن أموال أهل الحرب مباحة للمسلم بغير عقد فكان أولى أن يستبيحها بعقد. والدلالة على أن الربا في دار الحرب حرام كتحريمه في دار الإسلام، عموم ما ذكرنا من الكتاب والسنة. ثم من طريق المعنى والعبرة: أن كل ما كان حراماً في دار الإسلام كان حراماً في دار الشرك كسائر الفواحش والمعاصي ولأن كل عقد حرم بين المسلم والذمي، حرم بين المسلم والحربي كدار الإسلام، ولأنه عقد فاسد فوجب ألا يستباح به المعقود عليه كالنكاح.

فأما احتجاجه بحديث مكحول فهو مرسل والمراسيل عندنا ليست حجة. فلو سلم لهم لكان قوله ﷺ «لاَ رِباً» يحتمل أن يكون نفياً لتحريم الربا ويحتمل أن يكون نفياً لجواز الربا فلم يكن لهم جملة على نفي التحريم إلا ولنا حمله على نفي الجواز ثم حملنا أولى لمعاضدة العموم له، وأما احتجاجه بأن أموالهم يجوز استباحتها بغير عقد

---

(١) أخرجه مسلم (١٤٧/ ١٢١٨)، وأبو داود (٣٣٣٤)، والبيهقي في «الكبرى» (١٠٤٦٥).

(٢) انظر: نصب الراية (٤/ ٤٤).

فكان أولى أن تستباح بعقد فلا نسلم إذا كانت المسألة مفروضة في دخوله إليهم بأمان لأن أموالهم لا تستباح بغير عقد فكذا لا يستبيحها بعقد فاسد. ولو فرضت المسألة مع ارتفاع الأمان لما صح الاستدلال من وجه آخر وهو أن الحربي إذا دخل دار الإسلام جاز استباحة ماله بغير عقد ولا يجوز استباحته بعقد فاسد.

ثم نقول: ليس كل ما استبيح منهم بغير عقد جاز أن يستباح منهم بالعقد الفاسد. ألا ترى أن الفروج يجوز استباحتها منهم بالفيء من غير عقد ولا يجوز استباحتها بعقد فاسد، فكذا الأموال وإن جاز أن تستباح منهم بغير عقد لم يجز أن تستباح بالعقد الفاسد. والله أعلم.

مسألة[1]: قَالَ الشَّافِعِيُّ رَحِمَهُ اللَّهُ تَعَالَى: «وَبِهَا تَركنَا قَوْلَ مَنْ رَوَى عَنْ أُسَامَةَ أَنَّ النَّبِيَّ ﷺ قَالَ: «إِنَّمَا الرِّبَا فِي النسيئة» لأَنَّهُ مُجْمَلٌ وَكُلُّ ذَلِكَ مُفَسَّرٌ فَيُحْتَمَلُ أَنْ يَكُونَ النَّبِيُّ ﷺ سُئِلَ عَنِ الرِّبَا أَفِي صِنْفَيْنِ مُخْتَلِفَيْنِ ذَهَبٍ بِوَرِقٍ أَمْ تَمْرٍ بِحِنْطَةٍ؟ فَقَالَ: «الرِّبَا فِي النِّسِيئَةِ» فَحَفظَهُ فَأَدَّى قَوْلَ النَّبِيِّ ﷺ ولَمْ يُؤَدِّ الْمَسْأَلَة».

قال في الحاوي: وهذا صحيح. والربا ضربان: نقد، ونساء. وأما النساء: فهو بيع الدرهم بالدرهمين إلى أجل وهو المعهود من ربا الجاهلية والذي قد أجمع على تحريمه جميع الأمة. وأما النقد: فهو بيع الدرهم بالدرهمين يداً بيد، فمذهب جمهور الصحابة وكافة الفقهاء تحريم ذلك كالنساء، وذهب خمسة من الصحابة إلى إحلاله وإباحته وهم: عبد الله بن عباس، وعبد الله بن الزبير، وأسامة بن زيد، وزيد بن أرقم والبراء بن عازب تعلقاً بخبرين:

أحدهما: ما استدل به ابن عباس أن أسامة بن زيد روى عن النبي ﷺ أنه قال: «إِنَّمَا الرِّبَا فِي النَّسِيئَة»[2]. فلما أثبت الرِّبَا فِي النَّسِيئة دلَّ على انتفاء الربا في النقد.

والثاني: ما رواه عمرو بن دينار عن أبي المنهال قال: باع شريك لي دراهم بدراهم بالكوفة وبينهما فضل. فقلت: ما أراه يصلح هذا فقال: لقد بعتها في السوق فما عاب علي ذلك أحد، فأتيت البراء بن عازب فسألته فقال: قَدِمَ رَسُولُ اللَّهِ ﷺ الْمَدِينَةَ وَتِجَارَتُنَا كَذَا فَقَالَ النَّبِيُّ ﷺ: مَا كَانَ يَداً بِيَد فَلاَ بأْسَ بِهِ وَمَا كَانَ نَسِيئَةً فَلاَ خَيْرَ فِيهِ. وَأَتَيْتُ زَيْدَ بْنَ أَرْقَمَ فَإِنَّهُ كَانَ أَعْظَمَ تِجَارَةً مِنَّا، فَأَتَيْتُهُ فَسَأَلْتُهُ فَقَالَ لِي مِثْلَ ذَلِكَ[3] وهذا نص.

والدلالة على تحريم ذلك أربعة أحاديث:

أحدها: حديث عبادة بن الصامت المقدم ذكره في صدر الباب. وقوله: «إلا سَوَاءً بِسَوَاءٍ يَداً بِيَد».

والثاني: حديث أبي المتوكل عن أبي سعيد الخدري قال: قال رسول الله ﷺ: «الْفِضَّةُ بِالْفِضَّةِ وَالذَّهَبُ بِالذَّهَبِ سَوَاءً بِسَوَاءٍ فَمَنْ زَادَ واسْتَزَادَ فَقَدْ أَرْبى. الآخِذُ وَالْمُعْطِي سَوَاءٌ»[4].

---

(١) انظر الأم (٢/ ١٣٧).

(٢) أخرجه مسلم (١٠٢/ ١٥٩٦)، والنسائي (٤٥٨١)، وابن ماجه (٢٢٥٧)، وأحمد (٥/ ٢٠٨).

(٣) أخرجه البخاري (٢٤٩٧).

(٤) أخرجه البخاري (٣/ ٩٧)، والترمذي (١٢٤١)، والبيهقي في «الكبرى» (١٠٤٧٥)، وفي «معرفة السنن» (٣٣٣١).

والثالث: حديث مالك بن عامر عن عثمان أن النبي ﷺ قال: «لاَ تَبِيعُوا الدِّينَارَ بِالدِّينَارَيْن وَلاَ الدِّرهَمُ بِالدِّرْهَمَيْن»(١).

والرابع: حديث سعيد بن يسار عن أبي هريرة أن رسول الله ﷺ قال: «الدِّينَارُ بِالدِّينَارِ والدِّرْهَمُ بِالدِّرْهَمِ لاَ فَضْلَ بَيْنَهُمَا»(٢).

وأما حديث أسامة وقوله «إنما الربا في النسيئة»(٣) ففيه جوابان:

أحدهما: وهو جواب الشافعي: أنه جواب من النبي ﷺ لسائل سأله عن التفاضل في جنسين مختلفين فقال: إنما الربا في النسيئة فنقل أسامة جواب النبي ﷺ وأغفل سؤال السائل.

والثاني: أنه محمول على الجنس الواحد يجوز التماثل فيه نقداً ولا يجوز نسيئة.

على أن ابن عباس المستدل بحديث أسامة رجع عن مذهبه حين لقيه أبو سعيد الخدري وقال له: يا ابن عباس إلى متى تأكل الربا وتطعمه الناس وروى له حديثه عن النبي ﷺ. فقال ابن عباس: يَا أَيُّهَا النَّاسُ إِنَّ هَذَا رباً كَانَ مِنِّي وَإِنِّي أَسْتَغْفِرُ اللَّهَ وَأَتُوبُ إِلَيْهِ.

وأما حديث أبي المنهال عن البراء بن عازب وزيد بن أرقم فمنسوخ؛ لأنه مروي عن أول الهجرة وتحريم الربا متأخر.

مسألة(٤): قَالَ الشَّافِعِيُّ رَحِمَهُ اللَّهُ تَعَالَى: «وَيَحْتَمِلُ قَوْلُ عُمَرَ عَنِ النَّبِيِّ ﷺ «الذَّهَبُ بِالْوَرَقِ رِباً إِلاَّ هَاءَ وَهَاءَ» يُعْطِي بِيَدٍ وَيَأْخُذُ بِأُخْرَى فَيَكُونُ الأَخْذُ مَعَ الإِعْطَاءِ وَيَحْتَمِلُ أَنْ لاَ يَتَفَرَّقَ الْمُتَبَايِعَانِ مِنْ مَكَانِهِمَا حَتَّى يَتَقَابَضَا فَلَمَّا قَالَ ذَلِكَ عُمَرُ لِمَالِكِ بْنِ أَوْسٍ لاَ تُفَارِقْهُ حَتَّى تُعْطِيَهُ وَرَقَهُ أَوْ تَرُدَّ إِلَيْهِ ذَهَبَهُ(٥) وَهُوَ رَاوِي الْحَدِيثِ دَلَّ عَلَى أَنَّ مُخَرَّج «هَاءَ وَهَاءَ» تَقَابُضُهُمَا قَبْلَ أَنْ يَتَفَرَّقَا».

قال في الحاوي: وهذا كما قال. كل شيئين ثبت فيهما الربا بعلة واحدة لم يصح دخول الأجل في العقد عليهما ولا الافتراق قبل تقابضهما. سواء كانا من جنس واحد كالبر بالبر أو من جنسين كالشعير بالبر حتى يتقابضا قبل الافتراق في الصرف وغيره. وقال أبو حنيفة في الذهب والورق كقولنا لا يصح فيهما العقد إلا بالقبض قبل الافتراق ولا يثبت فيهما الأجل ولا خيار الشرط.

وأجاز فيما سوى الذهب والورق تأخير القبض وخيار الشرط وإن لم يدخل فيه الأجل. استدلالاً بأنه عقد لم يتضمن صرفاً فلم يكن التقابض فيه قبل الافتراق شرطاً كالثياب بالثياب.

قال: ولأن القبض يراد لتعيين ما تضمنه العقد فلما كان الذهب والورق لا يتعين بالعقد

---

(١) أخرجه مالك في «الموطأ» (٢/ ٦٣٣)، ومسلم (٧٨/ ١٥٨٥)، وأحمد في «المسند» (٢/ ١٠٩)، والبيهقي في «الكبرى» (١٠٤٨٥)، وفي «معرفة السنن» (٣٣٤٠).

(٢) أخرجه مالك في «الموطأ» (٢/ ٦٣٢)، ومسلم (٨٥/ ١٥٨٨)، والبيهقي في «الكبرى» (١٠٤٨٦)، وفي «معرفة السنن» (٣٣٣٨).

(٣) تقدم تخريجه.

(٤) انظر الأم (٢/ ١٣٧، ١٣٨).

(٥) أخرجه البخاري (١٢٣٤)، ومسلم (٧٩/ ١٥٨٦).

لزم فيه تعجيل القبض ليصير المعقود عليه معيناً، ولما كان ما سوى الذهب والورق من البر والشعير وغيرهما يتعين بالعقد لم يلزم فيه تعجيل القبض؛ لأن المعقود عليه قد صار معيناً.

والدلالة عليه: حديث عبادة بن الصامت أن رسول الله ﷺ قال: «لاَ تَبيعُوا الذَّهَبَ بِالذَّهَبِ، وَلاَ الْوَرِقَ بِالْوَرِقِ، وَلاَ الْبُرِّ بِالْبُرِّ، وَلاَ الشَّعِير بالشَّعيرِ، وَلاَ التَّمْرَ بِالتَّمْرِ، وَلاَ الْمِلْحَ بِالمِلْحِ إلاَّ سَوَاءً بِسَواءٍ، عَيْنَاً بِعَيْنٍ، يَداً بِيَدٍ، وَلَكِنْ بِيعُوا الذَّهَبَ بِالْوَرِقِ، وَالورِقَ بِالذَّهَبِ، وَالْبُرَّ بِالشَّعِيرِ، والشَّعيرَ بِالْبُرِّ، وَالتَّمْرَ بِالْمِلْحِ، وَالْمِلْحَ بِالتَّمْرِ يَدَاً بِيَد كَيْفَ شِئْتُمْ»[١]. فشرط في بيع ذلك كله تعجيل القبض بقوله إلاَّ يَداً بِيَدٍ. فإن قيل: فقوله يَداً بِيَدٍ نَفْياً لدخول الأجل فيه وأن يكون العقد عليه بالنقد وليس بشرط في تعجيل القبض. قيل: يبطل هذا التأويل بثلاثة أشياء.

أحدها: أنه جمع في الخبر بين الذهب والورق وبين البر والشعير فلما كان قوله «إلاَّ يَدَاً بِيَدٍ» محمولاً في الذهب والورق على تعجيل القبض وجب أن يكون في البر والشعير مثله لأنها جملة معطوف عليها حكم.

والثاني: أن نفي الأجل مستفاد من هذا الحديث بقوله إلا عيناً بعين، لأن المؤجل لا يكون عيناً إذ العين لا يدخل فيها الأجل وإنما يكون عيناً بعين، لأن المؤجل لا يكون عيناً إذ العين لا يدخل فيها الأجل وإنما يكون عيناً بدين. فوجب أن يكون قوله إلاَّ يَدَاً بِيَدٍ محمولاً على غير نفي الأجل وهو تعجيل القبض ليكون الخبر مقيداً لحكمين متغايرين، واختلاف اللفظين محمولاً على اختلاف معنيين.

والثالث: أن قوله إلاَّ يَداً بِيَدٍ مستعمل في اللغة على تعجيل القبض لأجل أن القبض يكون باليد وليس بمستعمل في نفي الأجل إلا على وجه المجاز فكان حمل الكلمة على حقيقتها في اللغة أولى من حملها على المجاز. ومما يدل على أصل هذه المسألة ونفي هذا التأويل أيضاً: ما استدل به الشافعي من حديث عمر رواه مالك عن ابن شهاب عن مالك بن أوس عن عمر قال: قَالَ رسول الله ﷺ: الذَّهَبُ بِالذَّهَبِ رِبَاً إلاَّ هَاءَ وَهَاءَ، وَالْوَرِق بِالْوَرَقِ رِبَا إلاَّ هَاءَ وَهَاءَ، وَالْبُرُّ بِالْبُرِّ رِباً إلاَّ هَاءَ وَهَاءَ، وَالشَّعِيرِ بالشَّعيرِ رِباً إلاَّ هَاءَ وَهَاءَ، وَالتَّمْرُ بِالتَّمْرِ رِباً إلاَّ هَاءَ وَهَاءَ.

قال الشافعي فاحتمل قوله: «إِلاَّ هَاءَ وَهَاءَ» معنيين:

أحدهما: أن يعطي بيد ويأخذ بأخرى فيكون الأخذ مع الإعطاء، واحتمل ألا يتفرق المتبايعان عن مكانهما حتى يتقابضا، فلما رُوِيَ أَنَّ مَالِكَ بن أَوْسِ بْنِ الْحَدْثَانِ صَارَفَ طَلْحَةَ بْنَ عُبَيْدِ اللَّهِ بِمَائَةِ دِينَارٍ بَاعَهَا عَلَيْهِ بدَراهِم فَقَالَ طَلْحَة لِمَالِكٍ: حَتَّى يَأْتِي خَازِنِي مِنَ الْغَابَةِ وَعُمَرُ بْنُ الْخَطَّابِ رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ يَسْمَعُ فَقَالَ عَمَرُ لِمَالِكٍ: لاَ وَاللَّهِ لاَ تُفَارِقْهُ حَتَّى تَأْخُذَ مِنْهُ وَرِقَكَ أَوْ يَرُدَّ عَلَيْكَ ذَهَبَكَ. قَالَ رَسُولُ اللَّهِ ﷺ: الذَّهَبُ بِالْوَرِقِ رِباً إلاَّ هَاءَ وهاءَ.

دل على أن المراد بهذا الحديث من المعنيين المحتملين التقابض قبل الافتراق لأمرين:

أحدهما: أن راوي الحديث إذا فسره على أحد معنيين كان محمولاً عليه.

---

(١) تقدم تخريجه.

والثاني: أن في تكليف الناس الإعطاء بيد والأخذ بأخرى مشقة غالبة والشريعة موضوعة على التوسعة والسماحة فامتنع أن يكون هذا مراداً.

ثم الدليل على ذلك من طريق المعنى: أنه عقد معاوضة يمنع من ثبوت الأجل فوجب أن يمنع من التفرق قبل القبض كالصرف ولأن كل ما كان شرطاً معتبراً في عقد الصرف كان شرطاً معتبراً فيما دخله الربا من غير الصرف كالأجل. وأما الجواب عن قياسهم على بيع الثياب بالثياب فمنتقض بالسلم حيث لزم فيه القبض ثم المعنى في بيع الثياب بالثياب عدم الربا فيها فجاز تأخير قبضهما وما ثبت الربا فيه لم يجز تأخير قبضه كالصرف.

وأما الجواب عن استدلالهم بأن القبض إنما يراد لتعيين ما تضمنه العقد والبر والشعير مما يتعين بالعقد فلم يفتقر إلى القبض فهو أن هذا يفسد ببيع الحلي بالحلي يلزم فيه تعجيل القبض وإن كان متعيناً بالعقد. ثم لو سلم من هذا الكسر لكان عكس هذا الاعتبار أشبه بالأصول لأن السلم يتعين فيه الثمن ولا يتعين فيه المثمن، ثم يلزم فيه تعجيل القبض وإن كان متعيناً بالعقد. ثم لو سلم من هذا الكسر لكان عكس هذا الاعتبار أشبه بالأصول لأن السلم يتعين فيه الثمن ولا يتعين فيه المثمن، ثم يلزم فيه تعجيل قبض الثمن وإن كان معيناً ولا يلزم فيه تعجيل قبض الثمن وإن لم يكن معيناً فكان اعتبار هذا يوجب تعجيل القبض فيما كان معيناً، ولا يوجبه فيما ليس بمعين، ولما انعكس هذا الاعتبار عليه بطل أن يكون له دليل فيه.

فصل

فإذا ثبت أن القبض قبل الافتراق شرط في صحة العقود التي لا تدخلها الآجال ويلحقها الربا من صرف وغيره وأن حكم ما فيه الربا وإن لم يكن صرفاً كحكم ما فيه الربا إذا كان صرفاً فتصارف الرجلان مائة دينار بألف درهم وتقابضا الدراهم ولم يتقايضا الدنانير أو تقابضا الدنانير ولم يتقابضا الدراهم حتى تفارقا فلا صرف بينهما ولزم رد المقبوض منهما سواء علما فساد العقد بتأخير القبض أو جهلا.

فلو لم يتفرقا ولكن خير أحدهما صاحبه فاختار الإمضاء القائم مقام الافتراق قبل أن يتقابضا كان هذا التخير باطلاً ولم يبطل العقد لأن اختيار الإمضاء إنما يكون بعد تقضي علق العقد، وبقاء القبض يمنع من نقض علقه فمنع من اختيار إمضائه، فإن تقابضا بعد ذلك وقبل الافتراق صح العقد واستقر وكانا بالخيار ما لم يتفرقا أو يتخايرا. فلو وكل أحدهما في القبض له والإقباض عنه، فإن قبض الوكيل وأقبض قبل افتراق موكله والعاقد الآخر صح العقد، وإن أقبض بعد افتراقهما لم يجز وكان العقد باطلاً لافتراق المتعاقدين قبل القبض، فلو تقابض المتصارفان ما تصارفا عليه في مداد قبل الافتراق جاز ولم يلزم دفع جميعه مرة واحدة وإنما يلزم قبض جميعه قبل الافتراق وسواء طالت مدة اجتماعهما أو قصرت.

فلو اختلفا بعد الافتراق فقال أحدهما تفارقنا عن قبض وقال الآخر بخلافه كان القول قول من أنكر القبض ويكون الصرف باطلاً. فإن قيل أليس لو اختلفا بعد الافتراق في

الإمضاء والفسخ فقال أحدهما: افترقنا عن فسخ. وقال الآخر: عن إمضاء، كان القول في أحد الوجهين قول من ادعى الإمضاء والبيع لازم فهلا كان اختلافهما في القبض مثله. قيل الفرق بينهما أن مدعي الفسخ ينافي بدعواه مقتضى العقد لأن مقتضاه اللزوم والصحة إلا أن يتفقا على الفسخ فكان الظاهر موافقاً لقول من ادعى الإمضاء دون الفسخ وليس كذلك من ادعى القبض لأن الأصل عدم القبض على أن أصح الوجهين هناك أن القول قول مدعي الفسخ إذا تصارفا مائة دينار بألف درهم فتقابضا من المائة خمسين ديناراً ثم افترقا وقد بقي خمسون ديناراً كان الصرف في الخمسين الباقية باطلاً.

ومذهب الشافعي جوازه في الخمسين المقبوضة قولاً واحداً لسلامة العقد وحدوث الفساد فيما بعد: وكان أبو إسحاق المروزي يخرج الصرف في الخمسين المقبوضة على قولين من تفريق الصفقة. وليس هذا التخريج صحيحاً لأن القولين في العقد الواحد إذا جمع جائزاً وغير جائز في حال العقد.

وإذا صح الصرف في الخمسين المقبوضة فالمذهب أنها لازمة بنصف الثمن وهو خمسمائة درهم وليس للبائع ولا للمشتري خيار في الفسخ لأجل تفريق الصفقة، لأن افتراقهما عن قبض البعض رضا منهما بإمضاء الصرف فيه وفسخه في باقيه. وكان بعض أصحابنا يخرج قولاً ثانياً أنها مقبوضة بجميع الثمن. وكلا التخريجين فاسد والتعليل في فسادهما واحد.

مسألة[(١)]: قَالَ الشَّافِعِيّ رَحِمَهُ اللَّهُ تَعَالَى: «وَالرِّبَا مِن وَجْهَيْنِ. أَحَدِهِمَا فِي النَّقْدِ بِالزِّيَادَةِ وَفِي الْوَزْنِ وَالْكَيْلِ وَالآخَرِ يَكُونُ فِي الدَّيْنِ بِزِيَادَةِ الأَجَلِ».

قال في الحاوي: لأصحابنا في هذا الكلام تأويلان. **أحدهما**: أنه أراد الرد على من أثبت الربا في النساء وأباه في النقد وقال: والربا من وجهين: **أحدهما**: النساء المتفق عليه. وهو بيع الدرهم بالدرهمين إلى أجل. **والثاني**: ما كان مختلفاً فيه وهو بيع الدرهم بالدرهمين نقداً فجعل كلا الوجهين ربا وقد مضى الكلام فيه مع من استدل بحديث أسامة فهذا أحد التأويلين.

والتأويل الثاني: أنه أراد أن الجنس الواحد قد يدخله الربا من وجهين:

أحدهما: التفاضل سواء كان نقداً أو نساء فلا يجوز بيع درهم بدرهمين عاجلاً ولا آجلاً.

والثاني: الآجل سواء كان متفاضلاً أو متماثلاً فلا يجوز بيع الفضة بالفضة نساء متفاضلاً ولا متماثلاً. فأما الجنسان المختلفان فلا يدخلهما الربا إلا من وجه واحد وهو الأجل. فأما التفاضل أو التماثل فيجوز فيهما: فإذا باع الفضة بالذهب أو البر بالشعير نقداً جاز سواء كان متفاضلاً أو متماثلاً وإن باعه إلى أجل لم يجز. سواء كان متماثلاً أو متفاضلاً.

مسألة[(٢)]: قَالَ الشَّافِعِيُّ رَحِمَهُ اللَّهُ تَعَالَى: «وَإِنَّمَا حَرَّمْنَا غَيْرَ مَا سَمَّى رَسُولُ اللَّهِ ﷺ مِنَ الْمَأْكُولِ المَكِيلِ وَالْمَوْزُونِ لأَنَّهُ فِي مَعْنَى مَا سَمَّى».

قال في الحاوي: أما المنصوص عليه في الربا فستة أشياء وردت السنة بها وأجمع

---

(١) انظر الأم (٢/١٣٨).

(٢) انظر الأم (٢/١٣٨).

المسلمون عليها وهي: الذهب والفضة، والبر، والشعير، والتمر، والملح. واختلف الناس في ثبوت الربا فيما عداها. فحكي عن طاوس، وقتادة، ومسروق، والشعبي وعثمان البتي، وداود بن علي الظاهري.

ونفاة القياس بأسرهم أنه لا ربا فيما عدا الستة المنصوص عليها فلا يجوز التخطي عنها إلى ما سواها تمسكاً بالنص، ونفياً للقياس، واطراحاً للمعاني.

وذهب جمهور الفقهاء ومثبتو القياس إلى أن الربا يتجاوز المنصوص عليه إلى ما كان في معناه. وهذه المسألة فرع على إثبات القياس والكلام فيها يلزم من وجهين: **أحدهما**: من جهة إثبات القياس، فإذا ثبت كونه حجة ثبت أن الربا يتجاوز ما ورد عليه النص من الأشياء الستة وهذا يأتي في موضعه من كتاب أدب القاضي إن شاء الله تعالى.

والثاني: من طريق الاستدلال الظاهر والدليل عليه من هذا الطريق ثلاثة أشياء:

-**أحدهما**: قوله تعالى: ﴿وَأَحَلَّ ٱللَّهُ ٱلْبَيْعَ وَحَرَّمَ ٱلرِّبَوٰاْ﴾ [البقرة: ٢٧٥]. والربا اسم للزيادة والفضل من طريق اللغة والشرع. أما اللغة فكقولهم قد ربا السويق إذا زاد، وقد أربى عليّ في الكلام إذا زاد في السب، وهذه ربوة من الأرض إذا زادت على ما جاورها. وأما الشرع: فكقوله تعالى: ﴿يَمْحَقُ ٱللَّهُ ٱلرِّبَوٰاْ وَيُرْبِي ٱلصَّدَقَٰتِ﴾ [البقرة: ٢٧٦]. أي يضاعفها ويزيد فيها وقوله: ﴿فَإِذَآ أَنزَلْنَا عَلَيْهَا ٱلْمَآءَ ٱهْتَزَّتْ وَرَبَتْ﴾ [الحج: ٥]. أي زادت ونمت.

وإذا كان الربا ما ذكرنا اسماً للزيادة لغة وشرعاً دل عموم الآية على تحريم الفضل والزيادة إلا ما خص بدليل.

والدلالة الثانية: ما روي عن النبي ﷺ أَنَّهُ نَهَى عَنْ بَيْعِ الطَّعَامِ بِالطَّعَامِ إِلاَّ مِثْلاً بِمِثْلٍ(١). وَالطَّعَامُ اسْمٌ لِكُلِّ مَطْعُومٍ مِنْ بُرٍّ وَغَيْرِهِ في اللغة والشرع. أما اللغة فكقولهم طعمت الشيء أطعمه وأطعمت فلاناً كذا إذا كان الشيء مطعوماً وإن لم يكن براً.

وأما الشرع فلقوله تعالى ﴿كُلُّ ٱلطَّعَامِ كَانَ حِلًّا لِّبَنِىٓ إِسْرَٰٓءِيلَ﴾ [آل عمران: ٩٣] يعني كل مطعوم فأطلق عليه اسم الطعام. وقوله: ﴿فَمَن شَرِبَ مِنْهُ فَلَيْسَ مِنِّى وَمَن لَّمْ يَطْعَمْهُ فَإِنَّهُۥ مِنِّىٓ﴾ [البقرة: ٢٤٩] فسمى الماء مطعوماً لأنه مما يطعم.

وقالت عائشة: عِشْنَا دَهْراً وَمَا لَنَا طَعَامٌ إِلاَّ الأَسْوَدَانِ التَّمْرُ وَالْمَاءُ(٢). وإذا كان اسم الطعام بما وصفنا من شواهد اللغة والشرع يتناول كل مطعوم من بر وغيره. كان نهيه عن بيع الطعام بالطعام محمولاً على عمومه في كل مطعوم إلا ما خص بدليل. فإن قيل فهذا وإن كان عاماً فمخصوص ببيان النبي ﷺ الربا في الأجناس الستة. قيل: بيان بعض ما يتناوله العموم لا يكون تخصيصاً لأنه لا ينافيه، وإن شذ بعض أصحابنا فجعله تخصيصاً.

والدلالة الثالثة: أن النبي ﷺ نص عَلَى الْبُرِّ وَهُوَ أعلى المطعومات، وعلى الملح وهو أدنى المطعومات فكان ذلك منه تنبيهاً على أن ما بينهما لاحق بأحدهما. لأنه ينص تارة على الأعلى لينبه به على الأدنى كما قال تعالى: ﴿وَمِنْ أَهْلِ ٱلْكِتَٰبِ مَنْ إِن

(١) أخرجه مسلم (٩٣/ ١٥٩٢)، وأحمد (٦/ ٤٠٠)، والبيهقي في «الكبرى» (١٠٥٠٧).
(٢) أخرجه مسلم (٢٦/ ٢٩٦٢).

﴿تَأْمَنْهُ بِقِنطَارٍ يُؤَدِّهِۦٓ إِلَيْكَ﴾ [آل عمران: ٧٥] فنبه به على الأدنى. وينص تارة على الأعلى فإذا ورد النص على الأعلى والأدنى كان أوكد تنبيهاً على ما بينهما وأقوى شاهداً في لحوقه بأحدهما. والله أعلم.

مسألة(١): قَالَ الشَّافِعِيُّ رَحِمَهُ اللَّهُ تَعَالَى: «وَلَمْ يَجُزْ أَنْ نَقِيسَ الْوَزْنَ عَلَى الْوَزْنِ مِنَ الذَّهَبِ وَالوَرِقِ لأَنَّهُمَا غَيْرُ مَأْكُولَيْنِ وَمُبَايِنَانِ لِمَا سِوَاهُمَا وَهَكَذَا قَالَ ابْنُ الْمُسَيَّبِ لاَ رِباً إِلاَّ فِي ذَهَبٍ أَوْ وَرِقٍ أَوْ مَا يُكَالُ أَوْ يُوزَنُ مِمَّا يُؤْكَلُ وَيُشْرَبُ. قَالَ: وَهَذَا صَحِيحٌ وَلَوْ قِسْنَا عَلَيْهِمَا الْوَزْنَ لَزِمَنَا أَنْ لاَ نُسَلِّمَ دِينَاراً فِي مَوْزُونٍ مِنْ طَعَامٍ كَمَا لاَ يَجُوزُ أَنْ نُسَلِّمَ دِينَاراً فِي مَوْزُونٍ مِنْ وَرِقٍ وَلاَ أَعْلَمُ بَيْنَ الْمُسْلِمِينَ اخْتِلاَفاً أَنَّ الدِّينَارَ وَالدِّرْهَمَ يُسَلَّمَانِ فِي كُلِّ شَيْءٍ وَلاَ يُسَلَّمُ أَحَدُهُمَا فِي الآخَرِ غَيْر أَنَّ مِنَ النَّاسِ مَنْ كَرِهَ أَنْ يُسَلَّمَ دِينَارٌ أَوْ دِرْهَمٌ فِي فُلُوسٍ وَهُوَ عِنْدَنَا جَائِزٌ لأَنَّهُ لاَ زَكَاةَ فِيهَا وَلاَ فِي تبرها وَإِنَّهَا لَيْسَتْ بِثَمَنٍ للأَشْيَاءِ الْمُتْلَفَة وَإِنَّمَا أَنْظُرُ فِي التِّبْرِ إِلى أَصْلِهِ وَالنُّحَاسِ مِمَّا لاَ رِباً فِيهِ وَقَدْ أَجَازَ عَدَدٌ مِنْهُمْ إِبْرَاهِيمُ النَّخَعِيُّ السَّلَفُ فِي الْفُلُوسِ وَكَيْفَ يَكُونُ مَضْرُوبُ الذَّهَبِ دَنَانِيرَ وَمَضْرُوبُ الْوَرِقِ دَرَاهِمَ فِي مَعْنَى الذَّهَبِ وَالْوَرِقِ غَيْرَ مَضْرُوبَيْنِ وَلاَ يَكُونُ مَضْرُوبُ النُّحَاسِ فُلُوساً فِي مَعْنَى النُّحَاسِ غَيْرَ مَضْرُوب».

قال في الحاوي: إذا ثبت أن الربا يتجاوز المنصوص عليه لمعنى فيه، وعلته مستنبطة منه. فالعلة في الذهب والفضة غير العلة في البر والشعير والتمر والملح. فأما العلة في البر والشعير فقد اختلف أصحاب المعاني فيها على مذاهب شتى. **أحدهما**: مذهب محمد بن سيرين أن علة الربا الجنس فأجرى الربا في جميع الأجناس ومنع التفاضل فيه حتى التراب بالتراب.

والمذهب الثاني: وهو مذهب الحسن البصري أن علة الربا المنفعة في الجنس فيجوز بيع ثوب قيمته دينار بثوبين قيمتهما دينار ومنع من بيع ثوب قيمته دينار بثوب قيمته ديناران.

والثالث: وهو مذهب سعيد بن جبير أن علة الربا تقارب المنافع في الأجناس فمنع من التفاضل في الحنطة بالشعير لتقارب منافعهما، ومن التفاضل في الباقلاء بالحمص وفي الدخن بالذرة لأن المنفعة فيهما متقاربة.

والرابع: وهو مذهب ربيعة أن علة الربا جنس يجب فيه الزكاة فأثبت الربا في كل جنس وجبت فيه الزكاة من المواشي والزروع ونفاه عما لا تجب فيه الزكاة.

والخامس: وهو مذهب مالك أنه مقتات مدخر جنس فأثبت الربا فيما كان قوتاً مدخراً ونفاه عما لم يكن مقتاتاً كالفواكه وعما كان مقتاتاً ولم يكن مدخراً كاللحم.

والسادس: وهو مذهب أبي حنيفة رحمه الله أن علة الربا في البر أنه مكيل جنس فأثبت الربا في كل ما كان مكيلاً وإن لم يكن مأكولاً كالجص، والنورة، ونفاه عما كان غير مكيل ولا موزون وإن كان مأكولاً كالرمان والسفرجل.

والسابع: وهو مذهب سعيد بن المسيب وبه قال الشافعي في القديم أنه مأكول مكيل

---

(١) انظر الأم (٢/١٣٩، ١٤٠).

أو موزون جنس. ومن أصحابنا من عبر عن هذه العلة بأحصر من هذه العبارة فقال: مطعوم مقدر جنس. فعلى هذا القول ثبت الربا فيما كان مأكولاً أو مشروباً مكيلاً أو موزوناً وينتفي عما كان غير مكيل ولا موزون وإن كان مأكولاً أو مشروباً مكيلاً أو موزوناً وعما كان غير مأكول ولا مشروب وإن كان مكيلاً أو موزوناً.

والثامن: وهو مذهب الشافعي في الجديد أن علة الربا أنه مأكول جنس ومن أصحابنا من قال مطعوم جنس وهذه العبارة أعم وهو قول من أثبت في الماء الربا فهذا جملة المذاهب المشهورة في علة الربا. وسنذكر حجة كل مذهب منها وندل على فساده.

فصل

أما المذهب الأول وهو قول محمد بن سيرين أن علة الربا الجنس فاحتج له بأن النبي ﷺ ذكر أجناساً منع من التفاضل فيها ثم قال: «فَإِذَا اخْتَلَفَ الْجِنْسَانِ فَبِيعُوا كَيْفَ شِئْتُمْ يَداً بِيَدٍ».

فشرط في جواز التفاضل اختلاف الجنس فثبت أن علة الربا الجنس فلا يجوز أن يباع شيء بجنسه متفاضلاً أبداً. والدليل على فساد هذا القول ما روى عبد الله بن عمرو أنَّ النَّبِيَّ ﷺ جَهَّزَ جَيْشَاً فَنَفَدَتْ إِبِلُهُ فَأَمَرَنِي أَنْ أَشْتَرِيَ بَعِيراً بِبَعِيرَيْنِ إِلَى إِبِلِ الصَّدَقَة»[1] فَلَما ابْتَاعَ ﷺ بَعِيراً بِبَعِيرَيْنِ بَطَلَ أَنْ يَكُونَ الْجِنْسُ عِلَّةً لِوُجُودِ التَّفَاضُلِ فِيهِ وَأَذِنَ النَّبِيُّ ﷺ بِهِ. وقد فعلت الصحابة مثل فعله وروي عن علي رضي الله عنه أنه باع جملاً له بعشرين جملاً إلى أجل[2].

وعن ابن عمر أنه باع راحلة له بأربعة رواحل إلى أجل[3] ولم يظهر لهما مخالف فكان إجماعاً. فأما قوله ﷺ: فَإِذَا اخْتَلَفَ الْجِنْسَانِ فَبِيعُوا كَيْفَ شِئْتُم. فعطف على ما قدم ذكره من الأجناس الستة التي أثبت فيها الربا بالنص فجوز فيها التفاضل مع اختلاف الجنس فلم يدل ذلك على تحريم التفاضل مع اتفاق الجنس في غير ما ورد فيه النص.

فصل

وأما المذهب الثاني وهو قول الحسن البصري أن علة الربا المنفعة في الجنس فاحتج له بأن ثبوت الربا مقصود به تحريم التفاضل، وفضل القيمة يقع ظاهراً كفضل القدر فلما ثبت أن الربا يمنع من التفاضل في القدر وجب أن يمنع التفاضل في القيمة. والدليل على فساد هذا القول مع ما قدمناه من ابتياع النبي ﷺ بعيراً ببعيرين وفضل القيمة بينهما كفضل القدر، وأن مقصود البياعات طلب النفع والتماس الفضل فلم يجز أن يكون ما هو مقصود البياعات علة في تحريم البياعات. ولأن تحريم تفاضل القيمة في الجنس مع تساوي القدر يقتضي تحليل تساوي القيمة في الجنس مع تفاضل القدر وهذا محظور بالنص وفي هذا انفصال عما تعلق به من الاستدلال.

---

(١) أخرجه أحمد (٢/ ١٧١)، وأبو داود (٣٣٥٧)، والحاكم (٢/ ٥٦)، والبيهقي في «الكبرى» (١٠٥٢٨).

(٢) أخرجه مالك في «الموطأ» (٢/ ٦٥٢)، والبيهقي في «الكبرى» (١٠٥٣٠).

(٣) أخرجه مالك في «الموطأ» (٢/ ٦٥٢)، والشافعي في «المسند» (٢/ ١٦١)، والبيهقي في «الكبرى» (١٠٥٣١).

فصل

وأما المذهب الثالث وهو قول سعيد بن جبير أن علة الربا تقارب المنافع في الأجناس، فاحتج له بأن الجنسين إذا تقاربا في المنفعة تقاربا في الحكم والمتقاربان في الحكم مشتركان فيه. والدليل على فساد هذا القول ورود النص بجواز التفاضل في البر بالشعير مع تقارب منافعهما وما دفعه النص كان مطرحاً.

فصل

فأما المذهب الرابع وهو قول ربيعة إن علة الربا جنس تجب فيه الزكاة فاحتج بأن الربا تحريم التفاضل حثاً على المواساة بالتماثل، وأموال المواساة ما ثبت فيها الزكاة فاقتضى أن تكون هي الأموال التي ثبت فيها الربا.

والدليل على فساد هذا القول: ابْتِيَاعُ النَّبِيُّ ﷺ بَعِيراً بِبَعِيرَيْنِ، وَالإِبل جنس تجب فيه الزكاة، وأثبت الربا في الملح وهو جنس لا تجب فيه الزكاة فثبت بهذين فساد مذهبه.

فصل

فأما المذهب الخامس وهو قول مالك إن علة الربا أنه مقتات مدخر جنس، فاحتج له بأنه اعتلال يشابه الأصل بأوصاف وما كان أكثر شبهاً بالأصل كان أولى. والدليل على فساد هذا القول عدم هذه الأوصاف في الأصل لأن الملح ليس بقوت، وقد جاء النص بثبوت الربا فيه فبطل اعتبار القوت، والرطب فيه الربا وليس بمدخر وقد وافق أن فيه الربا.
فإن قال إن الرطب يؤول إلى حال الادخار في ثاني حال قيل: فالرطب الذي لا يصير تمراً ليس يؤول إلى حال الادخار وفيه الربا على أن هذا لا يخرج الرطب من أن يكون غير مدخر في الحال وإن جاز أن يفضي إلى حالة الادخار كاللحم الذي ليس بمدخر في الحال وإن أمكن أن يدخر في ثاني حال فبطل اعتبار الادخار فصار كلا الوصفين باطلاً. فإن عدل عن هذا التعليل وعلل بما كان يعلل به المتقدمون من أصحابه أنه قوت أو ما يصلح به القوت قيل هذا القول أفسد من الأول. لأنه إن أراد اجتماع ذلك في الأربعة لم يصح لأن الملح ليس بقوت وليس التمر مما يصلح به القوت.

وإن أراد أن القوت في الثلاثة علة وما يصلح القوت في الملح علة قيل: قد فرقت الأصل وعلته بعلتين مختلفتين وقد اتفقوا أنه معلل بعلة واحدة ولو جاز تعليل الأصل بعلتين لجاز إسلاف الملح في الثلاثة لاختلافهما في العلة كما يجوز إسلاف الذهب والفضة في الأربعة لاختلاف العلة، وقد جاءت السنة وانعقد الإجماع على خلاف هذا.
ثم يقال له إن كنت تريد بقولك وما يصلح القوت جميع الأقوات فالتمر والزبيب قوتان ولا يصلحان بالملح، وإن أردت به بعض الأقوات فينبغي أن يثبت الربا في النار والحطب، لأنه يصلح به بعض الأقوات وهذا دليل على فساد ما ذكره من التعليل. والله أعلم.

فصل

وأما المذهب السادس وهو قول أبي حنيفة أنه مكيل جنس. فالاحتجاج له من طريقين:

أحدهما: إثبات الكيل علة.

والثاني: إبطال أن يكون الطعم علة.

فأما ما احتج به في إثبات أن الكيل علة فما روي عن النبي ﷺ أنه قال: «لاَ تَبِيعُوا الْبُرَّ بِالْبُرِّ وَلاَ الشَّعِيرَ بِالشَّعِيرِ إِلاَّ مِثلاً بِمِثْلٍ وَكَذَلِكَ مَا يُكَالُ وَيُوزَنُ» فنهى عن الكيل فاقتضى أن يكون علة الحكم.

ولأن التساوي في بيع البر بالبر مباح والتفاضل فيه محظور وليس يعلم التساوي المباح من التفاضل المحظور إلا بالكيل فوجب أن يكون الكيل علته للحكم لأنه به يمتاز المباح من المحظور، ولأن الجنس صفة والكيل مقدار والتعليل بكونه مكيلاً جنساً يجمع حالتي البر صفة وقدراً وهما المقصود في الربا فثبت أنها علة الربا. فهذه ثلاث دلائل احتج بها أبو حنيفة وأصحابه في إثبات أن الكيل علة.

فأما ما احتج به في إبطال أن يكون المطعوم علة فأمور منها: أن الطعم في المطعومات مختلف، والكيل في المكيلات مؤتلف؛ لأن من الأشياء ما يؤكل قوتاً ومنه ما يؤكل إدماً، ومنه ما يؤكل تفكهاً، والكيل لا يختلف فكان أولى أن يكون علة من المطعوم الذي يختلف، ولأن المطعوم صفة آجلة لأن البر لا يطعم إلا بعد علاج وصنعة، والكيل صفة عاجلة لأنه يكال من غير علاج ولا صنعة، وإذا كان الحكم منه متعلقاً بإحدى الصفتين كان تعليقه بالصفة العاجلة أولى من تعليقه بالصفة الآجلة. ولأن علة الربا في البر هي ما منعت من التفاضل وأوجبت التساوي وقد يوجد زيادة الطعم ولا ربا ولا يوجد زيادة الكيل إلا مع حصول الربا وبيانه:

لو باع صاعاً من طعام ثقيل له ربع بصاع من طعام خفيف ليس له ربع جاز وإن تفاضلا في الكيل فبطل أن يكون الطعم علة لوجود التفاضل فيه مع عدم الربا ووجود التساوي فيه مع حصول الربا، وثبت أن الكيل علة لأن التفاضل فيه مثبت للربا والتساوي فيه كاف للربا، فهذا أقوى ترجيحاتهم الثلاثة.

فصل

والدليل على فساد ما ذهب إليه من طريقين: **أحدهما**: إثبات أن المطعوم علة. **والثاني**: إبطال أن الكيل علة.

فأما الدليل على أن المطعوم علة: فما روى بشير بن سعد عن معمر بن عبد الله أن النبي ﷺ نَهَى عَنْ بَيْعِ الطَّعَامِ بِالطَّعَامِ إِلاَّ مِثْلاً بِمِثْلٍ. واسم الطعام يتناول كل مطعوم في اللغة والشرع بما بيناه من قبل فكان عموم هذا الخبر إشارة إلى أن علة الربا الطعم لأن الحكم إذا علق باسم مشتق من معنى كان ذلك المعنى علة لذلك الحكم كحد الزاني لأن اسمه مشتق من الزنا وقطع يد السارق لأن اسمه مشتق من السرقة.

ولأن علة الشيء في ثبوت حكمه ما كان مقصوداً من أوصافه، ومقصود البر هو الأكل فاقتضى أن يكون علة الحكم. ولأن الأكل صفة لازمة لذات المعلول والكيل صفة زائدة عن المعلول والصفة اللازمة أولى أن تكون علة من الصفة الزائدة.

ولأن الأكل علة يوجد الحكم بوجودها ويعدم بعدمها، والكيل علة يوجد الحكم مع عدمها ويعدم الحكم مع وجودها، وهو أن الزرع إذا كان حشيشاً أو قصيلاً لا ربا فيه لعدم الأكل عندنا وعدم الكيل عندهم فإذا صار سنبلاً ثبت فيه الربا عندنا لأنه مأكول وثبت فيه الربا عندهم وهو غير مكيل. فإن قيل يصير مكيلاً. قيل: وكذلك إذا كان حشيشاً. فإذا صار السنبل خبزاً ثبت فيه الربا عندنا؛ لأنه مأكول وثبت فيه الربا عندهم وهو غير مكيل. فإن قيل يحصل فيه الربع لأنه موزون قيل: ما ثبت فيه الربا لا تختلف علته باختلاف أوصافه، فإذا صار الخبز رماداً فلا ربا فيه عندنا لأنه غير مأكول ولا ربا فيه عندهم وهو مكيل، فثبت أن علتنا يوجد الحكم بوجودها ويعدم بعدمها، وعلتهم يوجد الحكم مع عدمها في السنبل ويعدم الحكم مع وجودها في الرماد فثبت أن التعليل بالأكل أصح لهذه الدلائل الأربعة.

وأما الدليل على إبطال الكيل أن يكون علة فمن خمسة أوجه:

أحدهما: أنَّ النَّبِيَّ ﷺ نَصَّ عَلَى أَرْبَعَةِ أَجْنَاسٍ كُلِّهَا مَكِيلَةٍ فلو كان ذلك تنبيهاً على الكيل لاكتفى بذكر أحدها. فإن قيل فهذا يرجع عليكم في الأكل لأن الأربعة كلها مأكولة ولو أراد الأكل لاكتفى بذكر أحدها قيل: ليس يلزمنا هذا؛ لأن الكيل في الأربعة لا يختلف والأكل فيها مختلف فالبر يؤكل في حال الاختيار والشعير يؤكل في حال الاضطرار، والتمر يؤكل حلواً والملح استطابة فلم يقتنع بذكر إحدى المأكولات لتفرده بإحدى الصفات.

والثاني: أن الكيل قد يختلف في المكيلان على اختلاف البلدان وتقلب الأزمان فالتمر يكال بالحجاز ويوزن بالبصرة والعراق، والبر يكال تارة في زمان ويوزن أخرى، والفواكه قد تعد في زمان وتوزن في زمان، فلم يجز أن يكون الكيل علة لأنها تقتضي أن يكون الجنس الواحد فيه الربا في بعض البلدان ولا ربا فيه في بعضها، وفي بعض الأزمان ولا ربا في غيرها، وعلة الحكم يجب أن تكون لازمة في البلدان وسائر الأزمان وهذا موجود في الأكل.

والثالث: أنَّ النَّبِيَّ ﷺ جَعَلَ الْكَيْلَ عَلَماً عَلَى الإِبَاحَةِ لِنَهْيِهِ ﷺ عَنْ بَيْعِ الْبُرِّ بِالْبُرِّ إِلاَّ كَيْلاً بِكَيْلٍ فلم يجز أن يجعل الكيل علماً على الحظر. ألا تراه لما جعل القبض قبل الافتراق علماً على الإباحة لم يجز أن يجعل علة في الحظر.

وتحريره قياساً أن ما سلم به من تحريم الربا لم يجز أن يكون علة للربا كالقبض قبل الافتراق.

فإن قيل: علة الحظر هي زيادة الكيل قيل: هذا قول بعض المتأخرين من أصحاب أبي حنيفة على أنه لما لم يجز أن يكون الكيل علة في الحظر لأنه علم على الإباحة، لم يجز أن يكون الكيل صفة في الحظر، لأنه علم على الإباحة أيضاً.

والرابع: أن الكيل موضوع لمعرفة مقادير الأشياء فلم يجز أن تكون علة الربا كالزرع والعدد.

والخامس: أن من جعل الكيل علة أخرج من المنصوص عليه ما لا يمكن كيله لقلته، فجوز بيع تمرة بتمرتين وكف طعام بكفين. وكل علة أوجبت النقصان من حكم النص لم يجز استعمالها فيما عداه لأمرين:

أحدهما: أن المعنى معقول الاسم فلم يجز أن يكون ما عقل عن الاسم رافعاً لموجب الاسم.

والثاني: أن استعمالها فيما عدا المذكور يوجب زيادة حكم، ومحال أن تكون علة واحدة توجب نقصان الحكم من المذكور والزيادة عليه لتضاد الموجبين. لأن أحدهما إسقاط حكم ونفيه، والآخر إيجاب حكم وإثباته. فإن قيل ما لا يمكن كيله غير مراد بالنص لأنه ﷺ قال: لاَ تَبِيعُوا الْبُرَّ بِالْبُرِّ إِلاَّ كَيْلاً بِكَيْلٍ. فلما كان الاستثناء مكيلاً وجب أن يكون المستثنى منه مكيلاً لأن حكم المستثنى منه يجب أن يكون كحكم الاستثناء فصار تقدير ذلك، لا تبيعوا البر المكيل بالبر المكيل إلا كيلاً بكيل، فعلم أن ما ليس بمكيل ولا يمكن كيله غير مراد بالنص. فالجواب عنه من ثلاثة أوجه:

أحدها: أن الاستثناء يجب أن يكون بعض المستثنى منه ولا يكون كل المستثنى منه. ألا ترى أنه لو قال: جاءني الناس إلا بني تميم لم يقتض أن يكون كل الناس بني تميم فكذا إذا كان الاستثناء كيلاً لم يجز أن يكون كل المستثنى منه مكيلاً.

والثاني: أن قوله ﷺ: «لاَ تَبِيعُوا الْبُرَّ بِالْبُرِّ» عام في الحظر، وقوله إلا كيلاً بكيل خاص في الإباحة، وعلة الربا مستنبطة من الحظر لا من الإباحة، فاقتضى أن يكون ما أوجبته من حكم الحظر عاماً في القليل والكثير.

والثالث: أن قليل التمر والبر موصوف بأنه مكيل؛ لأن له حظاً في المكيال ألا ترى أنه لو احتاج وفاء المكيال إلى تمرة فتم بها تم الكيل وحل البيع. فلولا أن التمرة مكيلة ما تم المكيال بها وهم أولى الناس بهذا القول. لأنهم يقولون إن القدح العاشر بانفراده هو المسكر. فكذلك التمرة الواحدة بانفرادها هي التي تم المكيال بها. فإن قيل فيختص عموم الظاهر بالقياس فنقول: لأنه مما لا يكال ولا يوزن فوجب ألا يثبت فيه الربا كالثياب. قلنا: نحن نعارضكم بقياس مثله فنقول. ما ثبت الربا في كثيره ثبت في قليله كالذهب والورق. ثم نقول: قياسكم لا يجوز أن يخص به الظاهر لأن أصله مستنبط منه والظاهر لا يجوز أن يكون مخصوصاً بعلة مستنبطة منه.

فصل

فأما الجواب عن استدلالهم بقوله ﷺ: «لاَ تَبِيعُوا الْبُرَّ بِالْبُرِّ إِلاَّ سَواءً بِسَوَاءٍ» وَكَذَلِكَ مَا يُكَالُ وَيُوزَنُ فهو أنها زيادة مجهولة لم ترد من طريق صحيح، وعلى أنها زيادة متأولة إذا كان ما يكال ويوزن مأكولاً أو مشروباً بدليل نهيه عن بيع الطعام بالطعام إلا مثلاً بمثل.

وأما الجواب عن استدلالهم بأن ما أبيح من التساوي لا يعلم إلا بالكيل فوجب أن يكون الكيل علة الحكم. فهو أن الكيل علم الإباحة وعلة الربا مستنبطة من الحظر فلم يجز أن يكون الكيل علة الحكم.

وأما الجواب عن استدلالهم بأن تعليلهم بكونه مكيلاً جنساً يجمع حالتي البر صفة وقدراً فهو إن جاز أن يكون هذا دليلاً لأنه يجمع حالتي البر صفة وقدراً قابلناكم بمثله فقلنا: تعليلنا بكونه مطعوماً جنساً يجمع حالتي البر صفة وجنساً. ثم يكون هذا الاستدلال أولى لأن الطعم ألزم صفة من الكيل فاقتضى أن يكون بالحكم أخص. ولا يصح قولهم بأن الجنس صفة لأن الصفة ما اختصت بالموصوف، والجنس اسم مشترك يتناول كل ذي جنس فلم يصح أن يكون صفة.

وأما الجواب عن استدلالهم بأن الكيل متفق في المكيلات والأكل مختلف في المأكولات فكان التعليل بالمتفق أولى من التعليل بالمختلف. فهو أن الأكل متفق وإنما صفة الأكل تختلف، كما أن الكيل وإن كان متفقاً وصفته قد تختلف فبعضه قد يكال بالصاع، وبعضه بالمد، وبعضه بالقفير، وبعضه بالمكُّوك ثم يقال: الكيل يختلف باختلاف البلدان والأكل لا يختلف فكان الأكل لاتفاق البلدان أولى أن يكون علة من الكيل المختلف باختلاف البلدان. وأما الجواب عن استدلالهم بأن الطعم صفة آجلة والكيل صفة عاجلة فهو أن هذا القول فاسد، لأن البر موصوف بهذه الصفة، وإن كان يوجد بعد علاج وصنعة كما يوصف بأنه مشبع وإن كان لا يوجد إلا بعد استهلاكه بالأكل، كما يوصف الماء بأنه مروي وإن كانت صفته توجد بعد الشرب، ثم لو قيل إن الأكل أعجل صفة من الكيل لكان أولى، لأن الأكل ممكن مع فقد الآلة والكيل متعذر إلا بوجود الآلة.

وأما الجواب بأن زيادة الطعم قد توجد مع تساوي الكيل ولا تحريم ولا توجد زيادة الكيل مع تساوي الطعم إلا مع وجود التحريم فهو أن يقال: إنما يلزم هذا إذا وقع التسليم بأن التساوي يعتبر بالوزن تاماً، ونحن نقول إن التساوي يعتبر بالكيل.

فلا يلزم أن الطعم متساو فيهما وإن تفاضلا في الوزن. كما لو تساويا في الوزن وتفاضلا في الكيل كانا متفاضلين وإن تساويا في الوزن على أنه لا يستمر على مذهبهم أن علة الربا زيادة الكيل، لأنهما لو تبايعا صبرة طعام بصبرة طعام كان باطلاً للجهل بالتساوي وإن لم يعلم زيادة الكيل فلما كان الجهل بالتساوي كالعلم بالتفاضل بطل أن يكون زيادة الكيل علة.

فصل

فأما المذهب السابع وهو قول سعيد بن المسيب، والشافعي في القديم أن علة الربا مأكول مكيل أو موزون جنس احتجاجاً بأن المنصوص عليه يختص بصفتين: الأكل والكيل، وليست إحدى الصفتين أولى فاقتضى أن يكونا معاً علة الحكم، ولأن الربا إنما جعل في الأشياء التي يمكن استباحة بيع بعضها ببعض بكيل أو وزن فكان الكيل والوزن علة الحكم. وهذا غير صحيح؛ لأننا قد أبطلنا فيما مضى أن يكون الكيل علة وسنبطل أن يكون الوزن علة، وإن لم يجز أن يكونا علة لم يجز أن يكونا وصفاً في العلة فثبت أن الأكل وحده علة.

فصل

فإذا ثبت هذا فما عدا الذهب والفضة تنقسم ثلاثة أقسام: قسم فيه الربا على القولين معاً، وهو ما أكل أو شرب مما كيل أو وزن. وقسم لا ربا فيه على القولين معاً وهو ما ليس بمأكول ولا مشروب كالثياب والحيوان والصفر والنحاس.

وقسم اختلف قوله فيه وهو ما أكل أو شرب مما لا يكال ولا يوزن كالرمان، والسفرجل، والبقول والخضر، فعلى قوله في القديم لا ربا فيه، لأنه علل ما فيه الربا بأنه مأكول أو مشروب مكيل أو موزون. وعلى قوله في الجديد فيه الربا لأنه مطعوم جنس. واختلف أصحابنا هل يثبت فيه الربا على قوله في الجديد بعلة الأصل أو بعلة الأشباه.

فمن متقدمي أصحابنا من قال: إنما جعل فيه الشافعي الربا على قوله في الجديد

بعلة الأشباه لأنه قال: وإنما حرمنا غير ما سمى رسول الله ﷺ من المأكول المكيل والموزون لأنه في معنى ما سمى. فجعل في المكيل والموزون الربا بعلة الأصل ثم قال بعد هذا؟ وما خرج من الكيل والوزن من المأكول والمشروب فقياسه على ما يؤكل ويكال أولى من قياسه على ما لا يكال ولا يؤكل، فجعل ملحقاً بالأصل من حيث الشبه. وقال آخرون من أصحابنا: بل فيه الربا على الجديد بعلة الأصل لا من حيث الشبه وإنما قال الشافعي ما احتج به الأولون ترجيحاً للعلة. والله تعالى أعلم.

فصل

فأما علة الربا في الذهب والفضة فمذهب الشافعي أنها جنس الأثمان غالباً. وقال بعض أصحابنا قيم المتلفات غالباً. ومن أصحابنا من جمعهما وكل ذلك قريب. وقال أبو حنيفة: العلة فيهما أنه موزون جنس فجعل علة الذهب والفضة الوزن كما جعل علة البر والشعير الكيل، ودلائله في المسألتين مشتركة ثم خص الاحتجاج في هذه المسألة بترجيح علته وإفساد علتنا. واحتج لذلك بثلاثة أشياء:

أحدهما: أن ثبوت الربا في الذهب والفضة مستفاد بالنص ولا فائدة في استنباط علة يستفاد منها حكم أصلها حتى لا يتعدى إلى غيرها والتعليل بالوزن متعدٍّ وبالأثمان غير متعد.

والثاني: أنه لو جاز تعليل الذهب والفضة بكونهما ثمناً وذلك غير متعد. لجاز تعليلهما بكونهما فضة وذهباً، فلما لم يجز أن يعلل الذهب بكونه ذهباً ولا فضة بكونهما فضة لعدم التعدي لم يجز أن يعللا بكونهما ثمناً لعدم التعدي.

والثالث: أن التعليل بالأثمان منتقض في الطرد والعكس فنقض طرده بالفلوس، هي أثمان في بعض البلدان ولا ربا فيها عندكم. ونقضه عكساً بأواني الذهب والفضة ليست أثماناً وفيها الربا، والتعليل بالوزن مستمر لا يعارضه نقض في طرد ولا عكس.

والدليل على صحة علتنا وفساد علته مع ما قدمنا من الدليل من قبله ثلاثة أشياء:

أحدها: أن التعليل بالوزن يثبت الربا في الموزون من الصفر والنحاس والقطن والكتان، ولو ثبت فيه الربا بعلة الوزن كما ثبت في الذهب والفضة بهذه العلة لوجب أن يستوي حكم معموله ومكسوره في تحريم التفاضل فيه كما استوى حكم معمول الذهب والفضة ومكسوره في تحريم التفاضل فيه. فلما جوزوا التفاضل في معمول الصفر والنحاس دون مكسوره وتبره حتى أباحوا بيع طشت بطشتين وسيف بسيفين ولم يجوزوا التفاضل في معمول الفضة والذهب، ومنعوا من بيع خاتم بخاتمين وسوار بسوارين دل على افتراقهما في العلة واختلافهما في الحكم ولو اتفقا في العلة لاستويا في الحكم فبطل أن يكون الوزن علة الحكم.

والثاني: أنه لو كان الوزن في الذهب والفضة علة يثبت بها الربا في موزون الصفر والنحاس لوجب أن يمنع من إسلام الذهب والفضة في الصفر والنحاس لاتفاقهما في علة الربا كما منع من إسلام الفضة في الذهب لاتفاقهما في علة الربا.

فلما جاز إسلام الذهب والفضة من الصفر والنحاس ولم يجز إسلام الفضة في

الذهب دل على افتراق للحكم بين الفضة والذهب وبين الصفر والنحاس في علة الربا فبطل أن يكون الوزن علة الربا. وهذان الدليلان احتج بهما الشافعي رحمه الله في إبطال الوزن أن يكون علة الربا.

والثالث: أن الأصول مقررة على أن الحكم إذا علق على الذهب والفضة اختص بهما ولم يقس غيرهما عليهما. ألا ترى أن الزكاة لما تعلقت بهما لم يتعد إلى غيرهما من صفر أو نحاس أو شيء من الموزونات ولما حرم الشرب في أواني الفضة والذهب اختص النهي بهما دون سائر الأواني من غيرهما. كذلك وجب أن يكون الربا المعلق عليهما مختصاً بهما وأن العلة فيهما غير متعدية إلى غيرهما.

وأما الجواب عن استدلالهم بأنه لا فائدة في استنباط علة ثبت حكمها بالنص من غير تعد فهو أن يقال: ليس يخلو هذا القول من أحد أمرين إما أن يكون إبطالاً لغير المتعدية، أو يكون علة لعدم الفائدة وهو الظاهر من الاستدلال، أو يكون إثباتاً لها علة وجعل غيرها إذا تعدت أولى منها. فإن كان هذا إبطالاً لغير المتعدية أن تكون علة خالفناكم لأن غير المتعدية قد تكون عندنا علة فإن دعوا إلى الكلام فيها انتقلنا عن المسألة، ثم نقول: العلل أعلام نصبها الله تعالى للأحكام فربما أراد ببعضها التعدي فجعلها علماً عليه وربما أراد ببعضها الوقوف على حكم النص فجعلها علماً عليه. كما أنه جعل المتعدية تارة عامة وتارة خاصة. كذلك جعلها تارة واقفة وتارة متعدية. فإن قيل: فالواقفة غير متعدية فيجعل الحكم معلقاً بالنص دون المعنى كأعداد الركعات لما لم تكن متعدية المعنى لم يستنبط لها معنى لعدم الفائدة.

فالجواب أن الواقفة مفيدة والذي يستفاد بها أمران:

أحدهما: العلم بأن حكمها مقصور عليها وأنها لا تتعدى إلى غيرها وهذه فائدة.

والثاني: أنه ربما حدث ما يشاركه في المعنى فيتعدى حكمه إليه. فأما أعداد الركعات فغير معقول المعنى فلذلك لم يمكن استنباط علة منها. فهذا الكلام عليهم إن أبطلوا العلة الواقفة. وإن أثبتوها وجعلوا المتعدية أولى منها كان هذا مسلماً ما لم تبطل المتعدية بنقض أو معارضة وقد أبطلنا تعليلهم بالوزن من وجهين ذكرهما الشافعي ولولاهما لكان التعليل بالوزن أولى.

وأما الجواب عن قولهم بأن الاسم لما لم يكن علة لعدم تعديه. فهو أن هذا رجوع إلى الكلام في إبطال العلة الواقفة وقد مضى على أن الاسم لم يجز أن يكون علة لأنه مستفاد قبل الاستنباط لا لما ذكره من عدم التعدي.

والعلة الواقفة مستفادة بعد الاستنباط فجاز أن يكون علة مع عدم التعدي.

وأما الجواب عما ذكروه من نقض علتنا في الطرد بالفلوس وفي العكس بالأواني فهو أن علتنا سليمة من النقض في الطرد والعكس لأنها جنس الأثمان غالباً، والفلوس وإن كانت ثمناً في بعض البلاد فنادر فسلم الطرد، وأما العكس فلا ينتقض أيضاً بالأواني لأننا قلنا جنس الأثمان والأواني من جنس الأثمان وإن لم تكن أثماناً فسلمت العلة من النقص في الطرد والعكس. وإذ قد انتهى الكلام بنا إلى هذا فسنذكر فصلاً من العلل وما يتعلق عليها ويصح بها القياس الذي يتضمنها والله أعلم.

فصل

اعلم أن القياس قياسان، قياس طرد وقياس عكس. فأما قياس الطرد: فهو إثبات حكم الأصل في الفرع لاجتماعهما في علة الحكم. وهذا أقوى القياسين حكماً، وليس يختلف أهل القياس في القول به. وأما قياس العكس: فهو إثبات حكم نقيض حكم الأصل في الفرع باعتبار علته. وهذا قد أثبته أكثر الفقهاء قياساً وإن خالفهم أكثر المتكلمين. وقياس الطرد، لا يخلو من أربعة أشياء: من أصل، وفرع، وعلة، وحكم.

فأما الأصل فهو الذي يتعدى حكمه إلى غيره، وأما الفرع فهو الذي يتعدى إليه حكم غيره، وأما العلة فهي التي لأجلها ثبت الحكم. وقيل الصفة الحالية للحكم، وأما الحكم فهو المنقسم إلى:

الإباحة، والحظر، والوجوب، والندب، والكراهة، والاستحباب فالبر في الربا أصل، والأرز فرع، والأكل علة، والربا حكم.

ثم العلة والحكم لا بد من وجودهما في الأصل والفرع معاً غير أن العلم بوجودهما في الأصل أسبق من العلم بوجودهما في الفرع، والعلم بالحكم المعلق بالأصل أسبق من العلم بعلة الحكم في الأصل، لأن العلة تعلم بعد الاستنباط لها والحكم متقدم على الاستنباط. والعلم بالعلة في الفرع أسبق من العلم بحكم الفرع بخلاف الأصل. لأن بوجود العلة في الفرع يعلم حكم الفرع، وبوجود الحكم في الأصل يعرف علة الأصل. ثم لا يخلو حال الحكم في الأصل من أن يكون مستفاداً من ثلاثة أوجه: من نص أو إجماع أو قياس على أصل آخر. فإن كان الحكم مستفاداً من نص أو إجماع، كان المنصوص عليه أصلاً بذاته فيجب حينئذ استنباط علته وتعليق حكمه على فروعه.

وإن كان الحكم مستفاداً من قياس على أصل آخر فلا يخلو حاله من أحد أمرين: إما أن يكون الحكم قد ثبت في ذلك الأصل بمثل العلة التي يثبت بها الحكم في هذا الفرع أو يكون الحكم قد ثبت فيها بعلة أخرى. فإن كان قد ثبت الحكم في الأصل بمثل العلة المستنبطة منه لم يثبت الحكم في هذا الفرع.

مثاله: أن تقيس الذرة على الأرز بعلة الأكل، والأرز قد ثبت فيه الربا فهذه العلة قياساً على البر. فإن كان هكذا لم يجز جعل هذا أصلاً وكان هذا الأصل مع ما ألحق به فرعين على الأصل الأول.

فجعل الذرة والأرز فرعين على البر المنصوص عليه لوجود علة البر فيهما على سواء، وليس جعل الأرز المقيس على البر أصلاً للذرة بأولى من جعل الذرة أصلاً للأرز لاستوائهما فرعاً للآخر. وإن كان الحكم قد ثبت في ذلك الأصل بعلة ورد الفرع إليه بعلة أخرى مستنبطة منه غير تلك العلة فقد اختلف أصحابنا في جواز ذلك.

فقالت طائفة لا يجوز ومنعوا منه، لأن الفرع إنما يرد إلى الأصل إذا شاركه في علة حكمه، وعلة هذا الأصل التي ثبت بها حكمه هي علة أخرى لا توجد في الفرع الثاني وهذا مذهب من منع من القول بالعلتين.

وقالت طائفة أخرى بجواز ذلك لأن العلة التي ثبت بها الحكم في الأصل هي كالنص في أنها طريق الحكم وليس يمتنع أن يعلم بالدليل أن لعلة أخرى تأثيراً في ذلك الحكم فيرد بها بعض الفروع إليه، وهذا مذهب من أجاز القول بالعلتين.

فصل

فإذا ثبت حكم الأصل من أحد هذه الوجوه الثلاثة وجب على القياس اعتبار علة الحكم في الأصل لتحريها في الفرع. وقد يعلم علة الأصل من أحد ثلاثة أوجه أيضاً.

أحدها: النص الصريح. **والثاني**: التنبيه. **والثالث**: الاستنباط.

وأما النص الصريح فنحو قوله تعالى: ﴿وَلَا يَضْرِبْنَ بِأَرْجُلِهِنَّ لِيُعْلَمَ مَا يُخْفِينَ مِن زِينَتِهِنَّ﴾ [النور: ٣١]. ونحو قوله ﷺ: «إِنَّمَا نَهَيْتُكُمْ لأَجْلِ الدَّافةِ»(١). فنص على العلة كما نص على الحكم. وأما التنبيه. فمثل ما روي عن النبي ﷺ أَنَّهُ امْتَنَعَ مِنَ الدُّخُولِ عَلَى قَوْمٍ عِنْدَهُمْ كَلْبٌ وَدَخَلَ عَلَى آخَرِينَ وَعِنْدَهُمْ هِرَّةٌ، وَقَالَ: إِنَّهَا لَيْسَتْ بِنَجَسٍ إِنَّهَا مِنَ الطَّوَّافِينَ عَلَيْكُمْ وَالطَّوَّافَاتِ(٢).

فنبه بذلك على نجاسة الكلب لأنه ليس من الطوافين والطوافات. وفي معنى التنبيه الجواب بالفاء نحو قوله تعالى: ﴿وَٱلسَّارِقُ وَٱلسَّارِقَةُ فَٱقْطَعُوٓاْ أَيْدِيَهُمَا﴾ [المائدة: ٣٨]. فنبه بذلك على أن علة القطع السرقة.

وأما الاستنباط فهو ما ورد النص بإطلاق حكمه من غير إشارة إلى علته ووكل العلماء إلى اجتهادهم في استنباط علته كالستة الأشياء التي نص رسول الله ﷺ على ثبوت الربا فيها. فاجتهد الفقهاء في استنباط معناها. وهذا النوع إنما يمكن استنباط علته بعد العلم بالدليل على صحة العلة ليعلم به العلة الصحيحة التي يجوز تعليق الحكم بها من العلة الفاسدة التي لا يجوز تعليق الحكم بها.

وقد اختلف أصحابنا في الشروط الدالة على صحة العلة. فقال بعضهم هي أربع: وجود الحكم بوجودها، وارتفاعه بارتفاعها، وسلامتها على الأصول، وعدم ما يعارضها مما هو أولى منها فجعل الطرد والعكس شرطين من شروط صحتها. وقال آخرون هي ثلاثة شروط: وجود الحكم بوجودها، وسلامتها على الأصول وعدم ما يعارضها مما هو أولى منها. فجعل هذا القائل الطرد شرطاً ولم يجعل العكس شرطاً. وقد اختار هذا القول ابن أبي هريرة وزعم أن العلل الشرعية لا يستمر في جميعها الطرد والعكس، وإنما يستمر في العلل العقليات.

وقال الأولون: بل هذا الشرط مستمر في الشرعيات أيضاً ما لم يخلف تلك العلة علة أخرى توجب مثل حكمها، وهذا أصح المذهبين عندي لأن العلة إذا كانت موجبة بحكم واقتضت أن يكون الحكم بوجودها موجوداً لزم أن يكون الحكم بعدمها وما ليقع الفرق بين وجودها وعدمها. والله أعلم.

---

(١) تقدم تخريجه.

(٢) تقدم تخريجه.

فصل

فأما فساد العلة فقد يكون من أحد ثمانية أوجه. بعضها متفق عليه وبعضها مختلف فيه. **فأحدها**: التعليل بالاسم وهو على ضربين:

أحدهما: أن يكون اسماً مشتقاً من فعل كعاقد وقاتل ووارث فيجوز أن يكون علة.

والثاني: أن يكون اسم لقب فهذا على ضربين:

أحدهما: أن يعلل تحريم الخمر، لأن العرب سمته خمراً. فهذا تعليل فاسد، لأنه يبعد أن يكون لتسمية العرب مع تقدمه على الشرع تأثيراً في تحريم الخمر. **والثاني**: أن يعلل تحريمه بجنسه ويعبر عن الجنس باسمه فيعلل تحريمه بكونه خمراً فهذا جائز. لأنه لما جاز التعليل بالصفة جاز التعليل بالجنس فيجوز أن تقول في نجاسة بول ما يؤكل لحمه، لأنه بول فوجب أن يكون نجساً قياساً على بول الآدمي.

والثاني: اختلاف الموضوع. وهو أن يكون أحد الحكمين مبنياً على التخفيف، والحكم الآخر مبنياً على التغليظ فيجمع بينهما بعلة توجب حكماً آخر. فقد اختلف أصحابنا هل يكون اختلاف موضوعهما مانعاً من صحة الجمع بينهما؛ فقال بعضهم: يكون هذا مفسداً للعلة مانعاً من صحة الجمع لأن الجمع بينهما يوجب تساوي حكمهما، واختلاف موضوعهما يوجب التفريق بينهما.

وقال آخرون: لا يمنع ذلك من صحة الجمع ولا يوجب فساد العلة لأنه يجوز أن يكون الفرع مساوياً لأصله في حكم وإن خالفه في غيره لأن أحكامهما من كل وجه متعذر.

والوجه الثالث من وجوه الفساد عدم التأثير. وهو أن يضم المعلل إلى أوصاف علته وصفاً لو عدمته العلة في الأصل لم يعدم الحكم. ففسد بذلك أن يكون مجموع تلك الأوصاف علة ووجب إسقاط الوصف الذي لا يؤثر علته في الأصل. لأنه لو جاز أن يجعل من أوصاف العلة ما لا يضر فقده في الحكم إثبات ما لا نهاية له من الأوصاف.

والرابع: الكسر. وهو أن يكون الوصف المزيد في علة الأصل احترازاً من انتقاضها بفرع من الفروع فلا يجوز ضم هذا الوصف إليها وتصير العلة منتقضة على قول جمهور أصحابنا، لأن علة الأصل يجب أن يتقدم العلم بصحتها ثم يجري في فروعها. فإن لم يؤثر وصف منها في فساد العلة وهذا الوجه مؤلف من عدم التأثير والنقض.

والخامس: القلب. وهو أن يعلق بعلة الأصل نقيض حكمها مثاله: أن يعلل الحنفي وجوب الصيام في الاعتكاف بأنه لبث في مكان مخصوص فوجب أن يكون من شرطه اقتران معنى آخر إليه.

أصله الوقوف بعرفة: فنقلب هذا القياس عليه ونقول لأنه لبث في مكان مخصوص فوجب ألا يكون من شرطه الصوم كالوقوف بعرفة فيكون هذا فساداً للعلة. ولك في هذا المثال أن تمنع العلة.

والسادس: وهو القول بموجب العلة وهو أن تقول أنا أضم إليه معنى آخر وهو النية فيكون هذا قولاً بموجب العلة. وهذا إنما يختص بالحكم إذا كان مجملاً ويصير النزاع

في الحكم مانعاً من العلة أن تكون موجهة لما ادعاه من الحكم.

والسابع: النقض ويكون بحسب العلة. والعلل ضربان. علة نوع، وعلة جنس. فأما علة النوع فمثل تعليل البر لثبوت الربا فيه بأنه مطعوم. وأما علة الجنس فمثل تعليل جنس الربا بأنه مطعوم.

فإن كان التعليل لنوع. كان نقض العلة فيه بوجود العلة مع ارتفاع الحكم فإذا وجد مطعوم ليس فيه ربا كان نقضاً. ولا ينتقض بوجود الربا فيما ليس بمعلوم من الذهب والورق. وإن كان التعليل للجنس كتعليل جنس الربا بأنه مطعوم انتقضت هذه العلة من وجهين:

أحدهما: وجود العلة مع ارتفاع الحكم حتى إن كان مطعوماً لا ربا فيه كان نقضاً.

والثاني: وجود الحكم مع ارتفاع العلة حتى إذا ثبت الربا فيما ليس بمطعوم من الذهب والورق كان نقضاً، ومتى كان الحكم جملة لم ينتقض بالتفصيل ومتى كان مفصلاً انتقض بالجملة والتفصيل.

وقد يحترز من النقض إذا كان بوجود العلة وارتفاع الحكم بأحد وجهين:

إما احتراز بحكم ثبت في الأصل، وإما احتراز بشرط مقيد بالحكم فإن كان الاحتراز بحكم ثبت في الأصل مثاله: تعليل الحنفي قتل المسلم بالذمي بأنهما حران مكلفان محقونا الدم كالمسلمين. فإذا نوقض بقتل الخطأ وعدم القود فيه قال: قد احترزت من هذا النقض بالرد إلى المسلمين، فإن القود بينهما يجري في العمد دون الخطأ فكذا في الفرع. وهذا الجواب ليس بصحيح والنقض لازم لأن العلة هي المنطوق بها والحكم ما صرح به، والنقض يتوجه إلى المظهر دون المضمر.

وإن كان الاحتراز بشرط فقيد بالحكم. فمثاله: إذا علل الحنفي قتل المسلم بالذمي بأنهما حران مكلفان محقونا الدم، أن يقول: فوجب أن يثبت القصاص في العمد. فقد اختلف أصحابنا: هل يكون هذا الاحتراز مانعاً من النقض؟ فقال بعضهم: لا يمنع هذا الاحتراز من النقض ويكون هذا اعترافاً ينقض العلة، لأن العلة ما استقلت بالذكر وكانت هي المؤثرة في الحكم وهذه العلة لا تؤثر إلا بشرط يقترن بالحكم.

وقال آخرون بل هذا الاحتراز مانع من النقض والعلة صحيحة لأن الشرط المذكور في الحكم وإن كان متأخراً في اللفظ فهو متقدم في المعنى.

والوجه الثامن: المعارضة. وقد تكون من وجهين:

أحدهما: بالنص. **والثاني**: بعلة فأما معارضة العلة بالنص فينظر حال النص، فإن كان غير مجمل كانت العلة التي عارضته فاسدة. لأن النص أصل مقدم والقياس فرع مؤخر.

وإن كان النص مجملاً جاز تخصيصه بالقياس إن كان جلياً، وفي جواز تخصيصه بالقياس إن كان خفياً. وجهان.

وأما معارضة العلة بعلة فضربان:

أحدهما: المعارضة في علة الأصل.

والثاني: المعارضة بقياس آخر مع تسليم علة الأصل، فإن كانت المعارضة في علة الأصل نظر في المعلل فإن كان ممن لا يقول بالعلتين لم تسلم له العلة إلا أن يدل على

صحتها أو على فسادها ما عارضها مثل تعليل الحنفي البر بأنه مكيل فيعارض الشافعي في علة البر بأنه مطعوم فلا نسلم التعليل بالكيل إلا أن يدل على صحته وفساد ما عارضه.

وإن كان المعلل ممن يقول بالعلتين نظر في الحكمين فإن كانا متنافيين لم تسلم العلة بالمعارضة إلا بالدليل على صحتها أو فساد ما عارضها. وإن لم يتناف الحكمان فقد قيل لا تمنع المعارضة من صحة العلة وللمعلل أن يقول: أقول بالعلتين معاً.

وقيل: بل هذه المعارضة مانعة من صحة العلة حتى يدل على أن علته هي التي أوجبت الحكم الذي ادعاه ثم يصح حينئذ قوله بالعلتين.

وأما معارضة القياس بقياس آخر فمانع من صحة القياس أيضاً سواء قال المعلل بالعلتين أو لم يقل. لأنه ليس رد الفرع إلى أحد الأصلين بأولى من رده إلى الأصل الآخر إلا أن يترجح أحد القياسين على الآخر بأحد ثلاثة أوجه. إما بما يرجع إلى أصله وإما بما يرجع إلى حكمه وإما بما يرجع إلى علته فيكون القياس المترجح بأحد هذه الوجوه أولى.

فصل

وإذا ثبت أن صحة العلة وفسادها يعتبر بما وصفنا فينبغي للمعلل إذا أراد أن يستنبط علة الأصل المنصوص على حكمه أن يعتبر أوصاف الأصل وصفاً بعد وصف فإن كان الوصف الذي بدأ باعتباره مطرداً على الشروط المعتبرة علم أنه العلم الذي جعله الله تعالى علة الحكم.

وإن لم يطرد واعترضه أحد وجوه الفساد انتقل إلى وصف ثان فإن وجده مطرداً علم أنه علة الأصل، وإن لم يطرد انتقل إلى وصف ثالث فاعتبره كذلك حتى يأتي على جميع الأوصاف فإذا سلم له أحدها جعله علة الحكم. فلو سلم له وصفان وصح تعليق الحكم على كل واحد منهما لاطراده على الأصول، لم يجز تعليق الحكم بهما لكن يقع الترجيح بينهما فإذا ترجح أحد الوصفين بعمومه وكثرة فروعه أو بأحد الوجوه التي يكون بها ترجيح العلل علم أن الوصف الذي ترجح هو علة الحكم دون غيره، ولو كانت أوصاف الأصل حين اعتبر بها لا يطرد واحد منها على الأصول ضممت أحد الأوصاف إلى الآخر فإذا صلح لك اجتماع وصفين مطردين جعلتهما معاً علة الحكم.

وإن لم يطرد الوصفان باجتماعهما ضممت إليهما وصفاً ثالثاً، فإذا وجدتها مطردة جعلتها مجموعها علة الأصل، وإن لم تطرد باجتماعها ضممت إليها رابعاً، ثم خامساً ثم سادساً ولا ينحصر بعد ذلك إلى أن ينتهي إلى أن يجمع أوصاف الأصل كله ويقتصر بالعلة على نفس الأصل المنصوص على حكمه كما قلنا في علة الذهب والفضة أنه لما لم يكن يصح تعليق الحكم على أحد أوصافها انتهى بنا التعليل إلى الاقتصار على نفس المنصوص عليه وقلنا: إن علتهما كونهما أثماناً وقيماً. ومنع أبو حنيفة من هذا بمنعه من العلة الواقعة. ومنع بعض أصحابنا من الزيادة على خمسة أوصاف وهذا فاسد، لأنه لا نجد فرقاً بين الخمسة وبين ما زاد عليها أو نقص منها. والله أعلم.

مسألة[1]: قَالَ الشَّافِعِيُّ رَحِمَهُ اللَّهُ تَعَالَى: «وَلاَ يَجُوزُ أَنْ يُسَلِّفَ شَيْئاً بِمَا يُكَالُ أَوْ يُوزَنُ مِنَ

(١) انظر الأم (٢/ ١٤١).

الْمَأْكُولِ وَالْمَشْرُوبِ فِي شَيْءٍ مِنْهُ وإن اخْتَلَفَ الْجِنْسَانِ جَازَا مُتَفَاضِلَيْن يَداً بِيَدٍ قِيَاساً عَلى الذَّهَبِ الذِي لاَ يَجُوزُ أَنْ يُسَلَّفَ فِي الْفِضَّةِ وَالْفِضَّة التِي لاَ يَجُوزُ أَنْ تُسَلَّفَ فِي الذَّهَبِ».

قال في الحاوي: وهذا صحيح. وجملته أن الرجلين إذا تبايعا لم يخل ما يضمنه عقد بيعهما عوضاً ومعوضاً من أربعة أقسام:

أحدها: أن يكون العوضان مما لا ربا فيه فلا بأس ببيعه نقداً ونساء متفاضلاً ومتماثلاً سواء كانا من جنسين كبيع ثوب بعبد، أو كانا من جنس واحد كبيع ثوب بثوبين، وعبد بعبدين.

والثاني: أن يكون في أحد العوضين الربا دون الآخر كبيع عبد بدراهم أو ثوب بطعام فهذا كالقسم الذي قبله يجوز العقد عليهما نقداً ونساء، ويجوز أن يسلم أحدهما في الآخر.

والثالث: أن يكون العوضان مما فيه الربا بعلتين مختلفتين كالبر بالذهب أو الشعير بالفضة فهذا كالقسمين الماضيين في جواز العقد عليهما نقداً ونساء وإسلام أحدهما في الآخر.

والرابع: أن يكون العوضان مما فيه الربا بعلة واحدة كالبر بالشعير أو بالبر، والذهب بالفضة أو بالذهب، فلا يجوز إسلام أحدهما في الآخر لاشتراكهما في العلة. ثم ينظر في حال العوضين فإن كانا من جنس واحد كالبر بالبر أو الشعير بالشعير فلا يصح بيعهما إلا بشرطين: التساوي، والتقابض قبل الافتراق. وقال أبو حنيفة يصح وإن تفرقا قبل القبض وقد مضى الكلام معه.

وإن كان العوضان من جنسين كالبر بالشعير، أو التمر بالزبيب فبيعه معتبر بشرط واحد وهو التقابض قبل الافتراق، والتفاضل فيه يجوز وقد مضى في هذا المعنى ما يغني. والله أعلم.

مسألة[١]: قَالَ الشَّافِعِيُّ رَحِمَهُ اللَّهُ تَعَالَى: «وَكُلُّ مَا خَرَجَ مِنَ الْمَأْكُولِ وَالْمَشْرُوبِ والذَّهَبِ وَالْفِضَّةِ فَلاَ بَأْسَ بِبَيْعِ بَعْضِهِ بِبَعْض مُتَفَاضِلاً إِلَى أَجَلٍ وَإِنْ كَانَ مِنْ صِنْفٍ وَاحِدٍ».

قال في الحاوي: قد تقرر بما تمهد من علتي الربا أن ما عدا المأكول والمشروب والذهب والفضة لا ربا فيه كالصفر والنحاس والثياب والحيوان، فلا بأس أن يباع الجنس منه بغيره أو بمثله عاجلاً وآجلاً، ومتفاضلاً، فيجوز أن يبيع ثوباً بثوبين وعبداً بعبدين وبعيراً ببعيرين نقداً ونساء. وقال أبو حنيفة: الجنس يمنع من النساء متفاضلاً ومتماثلاً، فلا يجوز بيع الثياب بالثياب نساء، ولا بيع الحيوان بالحيوان نساء. استدلالاً برواية قتادة عن الحسن عن سمرة أن النبي ﷺ نَهى عَنْ بَيْعِ الْحَيَوَانِ بِالْحَيَوَانِ نَسيئَةً[٢].

وروى أبو الزبير عن جابر أَنَّ النَّبِيَّ ﷺ قَالَ: «الْحَيَوَانُ وَاحِدٌ بِاثْنَيْنِ لاَ بَأْسَ بِهِ يَدَاً بِيَدٍ وَلاَ خَيْرَ فِيهِ إِنْساء»[٣].

ولأنه بيع جنس فلم يجز دخول النساء فيه كالبر. ولأن الجنس أحد صفتي علة الربا

---

(١) انظر الأم (٢/ ١٤١).

(٢) أخرجه أحمد (٥/ ١٢)، وأبو داود (٣٣٥٦)، والترمذي (١٢٣٧)، والنسائي (٤٦٢٠)، وابن ماجه (٢٢٧٠).

(٣) أخرجه الترمذي (١٢٣٨)، وابن أبي شيبة (٦/ ١١٣).

لأن علة الربا على قول الشافعي مطعوم جنس وعلى قول أبي حنيفة مكيل جنس، وإذا كان الجنس أحد صفتي علة الربا لم يجز دخول النساء فيه كالطعم أو الكيل. وتحريره قياساً أن ما كان وصفاً في علة الربا كان مانعاً من دخول النساء كالكيل. والدلالة على خطأ هذا القول ما روي عن عبد الله بن عمرو أن رسول الله ﷺ أَمَرَهُ أَنْ يُجَهِّزَ جَيْشاً فَفَرَّتِ الإِبْلُ فَأَمَرَهُ أَنْ يَأْخُذَ مِنْ قِلاصِ الصَّدَقَةِ. فَكَانَ يَأْخُذُ الْبَعِيرَ بِالْبَعِيرَيْنِ إِلى إِبِلِ الصَّدَقَةِ[(١)]. رواه أبو داود في سننه.

وروى الليث بن سعد عن أبي الزبير عن جابر قال: جَاءَ عَبْدٌ فَبَايَعَ رَسُولَ اللَّهِ ﷺ عَلَى الْهِجْرَةِ وَلاَ يَشْعُرُ النَّبِيَّ ﷺ أَنَّهُ عَبْدٌ فَجَاءَ سَيِّدُهُ يُرِيدُهُ، فَقَالَ النَّبِيُّ ﷺ بِعْنِيه فَاشْتَرَاهُ بِعَبْدَيْنِ أَسْوَدَيْنِ ثُمَّ لَمْ يُبَايِعْ أَحَداً بَعْدُ حَتَّى يَسْأَلُهُ أَعَبْدٌ هُوَ. رواه الشافعي في الأم. وقد روي جواز ذلك عن علي وابن عمر رضي الله عنهما.

فروي عن علي رضي الله عنه أَنَّهُ بَاعَ جَمَلاً لَهُ يُقَالُ لَهُ الْعُصَيْفِيرُ بِعِشْرِينَ جَمَلاً إِلَى أَجَلٍ.

وروي عن ابن عمر أنه باع بعيراً بأربعة أبعرة مضمونة بالربذة. وليس لهما في الصحابة مخالف فكان إجماعاً.

ولأن كل عقد صح اشتراط الخيار فيه، صح دخول الأجل فيه، كالجنسين من حيوان وثياب. ولأن كل جنس جاز دخول التفاضل فيه جاز دخول الأجل فيه كالثياب المروية بالهروية.

فإن قيل: «الهروي والمروي» جنسان فلذلك جاز دخول الأجل فيهما قيل: جنسهما واحد. ألا ترى أنه لو باعه ثوباً على أنه هروي فبان أنه مروي، كان البيع جائزاً وله الخيار، ولو كان من غير جنسه لبطل البيع، كما لو باعه ثوباً على أنه قطن فبان أنه كتان، كان البيع باطلاً لأنهما جنسان. ولأن الربا قد يثبت في الجنس من وجهين: التفاضل، والأجل.

فلما كان التفاضل في جنس ما لا ربا فيه جائزاً وجب أن يكون الأجل في جنس ما لا ربا فيه جائزاً. وتحرير ذلك قياساً: أنه أحد نوعي الربا فوجب ألا يحرم فيما ليس فيه ربا كالتفاضل.

وأما الجواب عن خبري سمرة، وجابر، فهو أن يحمل النهي علىٰ دخول الأجل في كلا العوضين، وذلك عندنا غير جائز.

وأما قياسهم على البر بالبر فالمعنى تحريم التفاضل فيه، فذلك حرم الأجل، وليس كذلك في مسألتنا.

وأما استدلالهم بأنه أحد صفتي الربا كالكيل، فالمعنى في الكيل أنه إذا علق به تحريم الأجل، اختص ذلك بما فيه الربا، وإذا علق بالجنس عم ما فيه الربا وما لا ربا فيه، ولا يجوز أن يسوى بين ما فيه الربا، وبين ما لا ربا فيه في أحد نوعي الربا. والله أعلم.

مسألة[(٢)]: قَالَ الشَّافِعِيُّ رَحِمَهُ اللَّهُ تَعَالَى: «فَلاَ بَأْسَ أَنْ يُسَلِّفَ بَعِيراً فِي بَعِيرَيْنِ أُرِيدَ بِهِمَا الذَّبْحُ أَوْ لَمْ يُرَدْ وَرَطل نُحَاسٍ بِرَطْلَيْنِ وَعَرْضٌ بِعَرْضَيْنِ إِذَا دَفَعَ الْعَاجِلَ وَوَصَفَ الآخَرُ».

---

(١) تقدم تخريجه.

(٢) انظر الأم (٢/ ١٤٢).

قال في الحاوي: قد مضى الكلام في جواز بيع الحيوان بالحيوان نساء، فعلى هذا يجوز أن يسلم بعيراً في بعيرين وأكثر. وقوله: أريد بهما الذبح أو لم يرد إنما عنى به مالكاً حيث منع من بيع بعير ببعيرين أو بعير إذا أريد بهما الذبح أو بأحدهما، والمراد للذبح أن يكون كسيراً أو حطيماً. استدلالاً بأن ما لا يصلح إلا للذبح يجري في الحكم مجرى اللحم، وبيع اللحم بالحيوان لا يجوز.

والدلالة على خطأ هذا القول وجواز هذا البيع مع ما تقدم من عموم الظواهر الدالة أن كل حيوان جاز بيع بعضه ببعض صحيحاً، جاز بعضه ببعض كسراً كالعبد الصحيح بالعبد الزمن. ولأنه حيوان فجاز بيع بعضه ببعض كالصحيح. ولأن كسير الحيوان في حكم الصحيح في تحريم أكله حتى يستباح بالزكاة فوجب أن يكون كالصحيح في جواز بيعه. وبهذا ينكسر ما استدل به.

وأما قول الشافعي. ورطل نحاس برطلين وعرض بعرضين. فلأن ما لا ربا فيه يجوز فيه التفاضل والنساء معاً.

وقوله: إذا دفع العاجل ووصف الآجل فلأن السلم لا يصح إلا بهذين الشرطين.

مسألة(١): قَالَ الشَّافِعِيُّ رَحِمَهُ اللَّهُ تَعَالَى: «وَمَا أُكِلَ أَوْ شُرِبَ مِمَّا لاَ يُكَالُ وَلاَ يُوزَنْ فَلاَ يُبَاعُ مِنْهُ يَابِسٌ بِرَطْبٍ قِيَاساً عِنْدِي عَلَى مَا يُكَالُ وَيُوزَنُ مِمَّا يُؤْكَلُ أَوْ يُشْرَبُ وَمَا يَبْقَى وَيُدَّخَرُ أَوْ لاَ يَبْقَى وَلاَ يُدَّخَرُ وَكَانَ أَوْلَى بِنَا مِنْ أَنْ نَقِيسَهُ بِمَا يُبَاعُ عَدَداً مِنْ غَيْرِ الْمَأْكُولِ مِنَ الثِّيَابِ وَالْخَشَبِ وَغَيْرِهَا وَلاَ يَصْلُحُ عَلَى قِيَاسِ هَذَا الْقَوْلِ رُمَّانَةٌ بِرُمَّانَتَيْنِ عَدّاً وَلاَ وَزناً وَلاَ سَفَرْجَلَةٌ بِسَفَرْجَلَتَيْنِ وَلاَ بَطِّيخَةٌ بِبَطِّيخَتَيْنِ وَنَحْوُ ذَلِكَ وَيُبَاعُ جِنْسٌ مِنْهُ بِجِنْسٍ مِنَ غَيْرِهِ مُتَفَاضِلاً وَجُزَافاً يَداً بِيَدٍ وَلاَ بَأْسَ بِرُمَّانَةٍ بِسَفَرْجَلَتَيْنِ كَمَا لاَ بَأْسَ بِمُدٍّ حِنْطَةٍ بِمُدَّيْنِ مِنْ تَمْرٍ وَنَحْوُ ذَلِكَ».

قال في الحاوي: اعلم أن المأكولات كلها ضربان. ضرب استقر في العرف كيله أو وزنه فهذا فيه الربا على قوله في القديم والجديد معاً. وضرب استقر في العرف أنه غير مكيل ولا موزون كالرمان والسفرجل، والبطيخ، والقثاء، والبقول، فعلى قوله في القديم: لا ربا فيه ويجوز بيع بعضه ببعض متفاضلاً ومتماثلاً، رطباً ويابساً، عاجلاً وآجلاً وعلى قوله في الجديد فيه الربا. فعلى هذا يمنع من التفاضل والنساء في الجنس الواحد منه.

ثم لا يخلو حال ما كان رطباً من المأكولات من الفواكه والبقول من أحد أمرين:

إما أن يكون أغلب منافعها في حال يبسها وادخارها كالرطب الذي يصير تمراً، والعنب الذي يصير زبيباً، فلا يجوز أن يباع الجنس الواحد منه رطبه بيابسه، كما لا يجوز بيع التمر بالرطب حتى إذا صار يابساً مدخراً بيع بعضه ببعض يداً بيد.

وإما أن يكون أغلب منافعه في حال رطوبته كالرمان والسفرجل والبطيخ والبقول فقد اختلف أصحابنا في جواز بيع بعضه ببعض رطباً.

(١) انظر الأم (٢/ ١٤٢، ١٤٣).

فذهب أبو العباس إلى جواز بيع بعضه ببعض رطباً إذا اعتبر فيه التماثل بالكيل والوزن إلحاقاً باللبن الذي يجوز بيع بعضه ببعض قبل الادخار واليبس لأن أغلب منافعه في حال رطوبته. وذهب جمهور أصحابنا وهو الظاهر من منصوص الشافعي إلى أنه لا يجوز بيعه رطباً برطب ولا يابساً برطب حتى يصير يابساً مدخراً. لأن بعضه إذا يبس مختلف، والاعتبار فيه بالمنفعة وخالف الألبان والمائعات من الأدهان لأنها لا تيبس بأنفسها.

وكان أبو علي بن أبي هريرة يجعل مذهب أبي العباس قولاً للشافعي ويخرج المسألة على قولين:

أحدهما: جواز ذلك وهو المحكي عن أبي العباس تعلقاً بأن الشافعي قال في موضع من كتاب البيوع. ولا يجوز بيع البقل المأكول من صنفه إلا مثلاً بمثل فعلى هذا القول يعتبر فيه المماثلة: فإن كان ما يتجافى في المكيال كالبطيخ والرمان اعتبرت فيه المماثلة بالوزن، وإن كان مما لا يتجافى في المكيال كالنبق والعناب ففيه وجهان.

أحدهما: أنه يعتبر فيه المماثلة بالكيل؛ لأنه المنصوص عليه في كتاب الأصل.

والثاني: وهو الصحيح من المذهب والمشهور من قول الشافعي: إن بيع ذلك رطباً لا يجوز بجنسه فعلى هذا لا يجوز أن تباع رمانة برمانتين لظهور التفاضل، ولا رمانة برمانة لعدم التماثل لكن يجوز بيع رمانة بسفرجلتين يداً بيد لاختلاف الجنسين.

فصل

فأما ما يكون مأكوله في جوفه كالجوز واللوز فلا يجوز بيع بعضه ببعض عدداً، ولا كيلاً، ولا وزناً لأن المقصود منه اللب، والقشر يختلف.

فإذا خرج عن قشره حتى صار لباً فرداً جاز بيع بعضه ببعض كيلاً إن كان مكيلاً ووزناً إن كان موزوناً، فأما مع اختلاف الجنسين فلا بأس به وإن كان في قشره. وهذا نص الشافعي.

مسألة[1]: قَالَ الشَّافِعِيُّ رَحِمَهُ اللَّهُ تَعَالَى: «وَمَا كَانَ مِنَ الأَدْوِيَةِ هُلَيْلِجِهَا وَبُلَيْلِجِهَا وَإِنْ كَانَتْ لاَ تُقْتَاتُ فَقَدْ تُعَدُّ مَأْكُولَةً وَمَشْرُوبَةً فَهِيَ بِأَنْ تُقَاسَ عَلَى الْمَأْكُولِ وَالْمَشْرُوبِ لِلْقُوتِ، لأَنَّ جَمِيعَهَا فِي مَعْنَى الْمَأْكُولِ وَالْمَشْرُوبِ لِمَنْفَعَةِ الْبَدَنِ أَوْلَى مِنْ أَنْ تُقَاسَ عَلَى مَا خَرَجَ مِنَ المأْكُولِ وَالْمَشْرُوبِ مِنَ الْحَيَوَانِ وَالثِّيَابِ وَالْخَشَبِ وَغَيْرِهَا».

قال في الحاوي: واعلم أن المأكولات قد تختلف جهات أكلها على أنواع ستة:

أحدها: ما يؤكل قوتاً كالبر والشعير، ويتبع هذا النوع التمر والزبيب.

والثاني: ما يؤكل إدماً كالزيتون والبصل وقد يلحق بهذا النوع الألبان والأدهان.

والثالث: ما يؤكل إبزاراً كالكمون والفلفل، وقد يدخل في هذا النوع الملح.

والرابع: ما يؤكل تفكهاً كالرمان والسفرجل. وقد يضاف إلى هذا النوع الخضر.

والخامس: ما يؤكل حلواً كالسكر والعسل.

والسادس: ما يؤكل دواء كالإهليلج والبليلج فيجري الربا في جميعها حتى يجمع بين السقمونيا والبر في حصول الربا فيهما.

---

(١) انظر الأم (٢/ ١٤٣، ١٤٤).

وإن كان البر يؤكل قوتاً عاماً والسقمونيا تؤكل دواء نادراً لوجود علة الربا فيهما على سواء. فما كان من هذه المأكولات مكيلاً أو موزوناً ثبت فيه الربا على العلتين معاً وما كان منه غير مكيل ولا موزون ثبت فيه الربا على علته في الجديد دون القديم وعليه يقع التفريع، وأما ما كان مأكول البهائم كالحشيش والعلف فلا ربا فيه لأن التعليل بالأكل متوجه إلى أكل الآدميين دون البهائم.

فأما ما يشترك في أكله الآدميون والبهائم فالواجب أن يعتبر فيه أغلب حالتيه. فإن كان الأغلب منهما أكل الآدميين ففيه الربا اعتباراً بأغلب حالتيه كالشعير الذي قد يشترك في أكله الآدميون والبهائم وأكل الآدميين له أغلب فثبت فيه الربا وإن كان الأغلب من حالتيه أكل البهائم فلا ربا فيه كالعلف الرطب الذي قد ربما أكله الآدميون عند تقديمه. وإن استوت حالتاه فكان أكل البهائم له كأكل الآدميين من غير أن تكون إحدى الحالتين أغلب. فقد اختلف أصحابنا فيه على وجهين:

أحدهما: لا ربا فيه لأن الصفة لم تخلص.

والثاني: فيه الربا وهو الصحيح لوجود الصفة وحصول الزيادة.

فصل

وإذا تقرر هذا الأصل فسنوضحه بالتفريع عليه وذكر ما اختلف أصحابنا فيه.

اعلم أن الريحان، والنيلوفر، والنرجس، والورد، والبنفسج، لا ربا فيها. لأنها قد تتخذ مشمومة إلا أن يريب شيء منها بالسكر أو بالعسل كالورد المعمول جلجبين فيصير فيه الربا لأنه صار مأكولاً. واختلف أصحابنا في ماء الورد. هل فيه الربا أم لا على وجهين:

أحدهما: لا ربا فيه اعتباراً بأصله.

والثاني: فيه الربا لأنه قد يستعمل في الطعام مأكولاً. فأما العود، والصندل، والكافور، والمسك، والعنبر. فلا ربا في شيء منها، لأنها طيب غير مأكول. وأما الزعفران ففيه وجهان:

أحدهما: لا ربا فيه لأن المبتغى منه لونه كالعصفر. **والثاني**: فيه الربا لأنه مأكول وطعمه مقصود.

فأما الأترج والليمون والنارنج ففيه الربا؛ لأنه وإن كان طيباً ذكياً فهو مأكول والأكل أغلب حالتيه.

فأما العشار والأشج فلا ربا فيهما وكذلك الشيح لأنها تستعمل بخوراً. وأما اللبان والعلك ففيهما الربا، لأن الأكل أغلب حالتيهما، وكذلك المصطكى.

وأما اللوز المر والحبة الخضراء والبلوط ففيها الربا، لأنها مأكولة وإن كانت مباحة النبت، وكذلك القثاء وحب الحنظل.

فأما القرطم وحب الكتان ففيهما وجهان:

أحدهما: أن فيهما الربا لأنهما قد يؤكلان.

والثاني: وهو أصح أنه لا ربا فيهما لأن الأغلب من أحوالهما عدم الأكل وإن أكلا

نادراً. وأما الطين فإن كان أرمنياً ففيه الربا؛ لأنه يؤكل دواء وكذلك إن كان مختوماً. وإن كان من غير الأدوية كالطين الذي قد ربما أكله بعض الناس شهوة فلا ربا فيه لأن أكله ممنوع منه فصار أكله كأكل التراب.

فأما الأدوية التي لا تؤكل وإنما تستعمل من خارج البدن طلاء أو ضماداً، فلا ربا فيها لفقد الصفة. واختلاف أصحابنا في الصمغ فأثبت بعضهم فيه الربا ونفى عنه بعضهم الربا لأنه طلاء. وأما البذور التي لا تؤكل إلا بعد نبتها كبذر الجزر والبصل والفجل والسلجم ففيها وجهان:

أحدهما: فيها الربا لأنها فرع لمأكول وأصل لمأكول.

والثاني: لا ربا فيها لأنها غير مأكولة في أنفسها فجرت مجرى العجم والنوى الذي لا ربا فيه. وإن كان فرعاً لمأكول وأصلاً لمأكول.

والوجه الأول أصح، بخلاف النوى، لأن النوى لا يؤكل بحال، وهذه البذور تؤكل، وإنما يؤخر أكلها طلباً لإكمال أحوالها كالطلع والبلح.

مسألة[1]: قَالَ الشَّافِعِيُّ رَحِمَهُ اللَّهُ تَعَالَى: «وَأَصْلُ الْحِنْطَةِ وَالتَّمْرِ الْكَيْلُ فَلاَ يَجُوزُ أَنْ يُبَاعَ الْجِنْسُ الْوَاحِدُ بِمِثْلِهِ وَزْناً بِوَزْنٍ وَلاَ وَزْناً بِكَيْلٍ لأَنَّ الصَّاعَ يَكُونُ وَزْنُهُ أَرْطَالاً وَصَاعَ دُونِهِ أَوْ أَكْثَرَ مِنْهُ فَلَوْ كِيلاَ كَانَ صَاعٌ بِأَكْثَرَ مِنْ صَاعٍ كَيْلاً».

قال في الحاوي: وهذا كما قال. كل شيء فيه الربا إذا بيع بجنسه فالاعتبار في تماثله بالكيل والوزن عادة أهل الحجاز في زمن رسول الله ﷺ، فإن كان بالحجاز في زمن رسول الله ﷺ مكيلاً، كان أصله الكيل، فلا يجوز أن يباع بعضه ببعض إلا كيلاً. وما كان موزوناً كان أصله الوزن، فلا يجوز أن يباع بعضه ببعض إلا وزناً، ولا اعتبار بعادة غير أهل الحجاز ولا بما أحدثه أهل الحجاز بعد رسول الله ﷺ. وقال مالك: يجوز أن يباع ما كان مكيلاً على عهد رسول الله ﷺ وزناً بوزن، كالتمر الذي قد جرت عادة أهل البصرة ببيعه وزناً، ولا يجوز أن يباع ما كان موزوناً كيلاً بكيل. وقال أبو حنيفة: أما الأربعة المنصوص عليها فلا يجوز بيع بعضها ببعض إلا كيلاً بكيل. ولا اعتبار بما أحدثه الناس من بعد، وأما ما سوى الأربعة فالاعتبار فيها بعادة الناس في بلدانهم وأزمانهم ولا اعتبار بالحجاز ولا بما كان في عهد رسول الله ﷺ.

فأما مالك فاستدل على ذلك بما روي عن النبي ﷺ أنه «نَهَى عَنْ بَيْعِ الْبُرِّ بِالْبُرِّ إِلاَّ مِثْلاً بِمِثْلٍ». والتماثل معلوم بالوزن كما هو معلوم بالكيل.

قال: ولأن الوزن أخص من الكيل، فلذلك جاز بيع المكيل وزناً ولم يجز بيع الموزون كيلاً. وأما أبو حنيفة فاستدل بأن الأربعة منصوص على الكيل فيها فلم يجز مخالفة النص وما سوى الأربعة فالاعتبار فيه بالعادة. وعادة أهل الوقت أولى أن تكون معتبرة من أوقات سالفة وبلا مخالفة. لأن التفاضل موجود بمقادير الوقت. والدلالة

---

(١) انظر الأم (٢/ ١٤٤).

على ذلك قوله ﷺ: «لاَ تَبِيعُوا الْبُرَّ بِالْبُرِّ إِلاَّ كَيْلاً بِكَيْلٍ يَداً بِيَد». فنص على التساوي بالكيل فاقتضى ألا يعتبر فيه التساوي بالوزن لأنه قد يخالف ما أمر به من الكيل.

ولأنه قد يتساوى البر بالبر كيلاً ويتفاضلان وزناً، كما أنهما قد يتساويان وزناً ويتفاضلان كيلاً، والتفاضل فيه محرم، فلو اعتبر التساوي بالوزن لأن أخص لاقتضى ألا يعتبر التساوي بالكيل لأنه ليس أخص.

ولأنه ربما أدى إلى التفاضل في الوزن الذي هو أخص فلما جاز اعتبار التساوي فيه بالكيل وإن جاز التفاضل في الوزن، وجب ألا يجوز اعتبار التساوي بالوزن لجواز التفاضل في الكيل، ولو كان مخيراً في اعتبار التساوي فيه بالكيل والوزن لكان مخيراً بين أن يجري عليه حكم التماثل فيحل أو يجري عليه حكم التفاضل فيحرم. وهذا متناقض. وأما أبو حنيفة فالدلالة عليه ما روى طاوس عن ابن عمر رضي الله عنهما عن النبي ﷺ أنه قال: «الْمِكْيَالُ مِكْيَالُ أَهْلِ الْمَدِينَة، وَالْوَزْنُ وَزْنُ أَهْلِ مَكَّة»(١). وليس هذا القول إخباراً منه بانفراد المدينة بالمكيال ومكة بالميزان. لأن مكيال غير المدينة وميزان غير مكة يجوز التبايع به واعتبار التماثل فيه، فعلم أن مراده عادة أهل المدينة فيما يكيلونه وعادة أهل مكة فيما يزنونه.

ولأنه لو أحدث الناس عادة في الدراهم والدنانير أن يتبايعوها عدداً لم يجز أن يكون العدد معتبراً في بعضها ببعض اعتباراً بما كانت عليه في الحجاز من قبل. وكذا الأربعة التي قد ورد فيها النص، لو خالف الناس فيها العادة لم يجز أن يكون الحادث رافعاً لسالف العادة فوجب أن يكون ما سوى ذلك معتبراً في تماثله بسالف العادة. وتحرير ذلك علة أنه جنس يحرم فيه التفاضل فوجب أن يكون اعتبار التماثل فيه بالمقدار المعهود على زمن الرسول ﷺ كالذهب والفضة والأشياء الأربعة. وهذه علة تعم مالكاً وأبا حنيفة وفيها انفصال عما استدلا به.

فصل

فإذا ثبت أن اعتبار المكيل والموزون بما كان على عهد رسول الله ﷺ مكيلاً أو موزوناً لم يخل حال الجنس الذي فيه الربا من أحد أمرين:

إما أن يكون معروف الحال على رسول الله ﷺ أو مجهول الحال. فإن كان معروف الحال راعيت فيه ما عرف من حاله. فإن كان مكيلاً جعلت الكيل فيه أصلاً ومنعت من بيعه وزناً. وإن كان موزوناً جعلت الوزن فيه أصلاً ومنعت من بيعه كيلاً. فعلى هذا قد كانت الحبوب على عهده مكيلة، والأدهان مكيلة، والألبان مكيلة، وكذلك التمر والزبيب وإن كان مجهول الحال أو كان من مأكل غير الحجاز راعيت فيه عرف أهل الوقت في أغلب البلاد فجعلته أصلاً. فإن كان العرف وزناً جعلت أصله الوزن، وإن كان العرف كيلاً جعلت أصله كيلاً.

---

(١) أخرجه أبو داود (٣٣٤٠)، والنسائي (٤٥٩٤)، وابن حبان (١١٠٢)، والطبراني في «الكبير» (١٢/ ٣٩٣)، والبيهقي في «الكبرى» (٧٧١٧)، وابن عبد البر في «التمهيد» (١/ ٢٧٩)، وأبو نعيم في «الحلية» (٤/ ٢٠)، والطحاوي في «مشكل الآثار» (٢/ ٩٩).

وإن لم يكن للناس فيه عرف غالب فكانت عادتهم تستوي في كيله ووزنه فقد اختلف فيه أصحابنا على أربعة مذاهب:

أحدها: تباع وزناً لأن الوزن أخص.

والثاني: تباع كيلاً لأن الكيل في المأكولات نص.

والثالث: أنه يعتبر بأشبه الأشياء به مما عرف حاله على عهد الرسول ﷺ فيلحق به لأن الأشياء متقاربة.

والرابع: أنه مخير فيه بين الوزن والكيل لاستواء العرف فيه.

فصل

إذا كانت ضيعة أو قرية يتساوى طعامها في الكيل والوزن، ولا يفضل بعضه على بعض بما قد عرف من حاله أن التماثل فيه بالكيل فقد اختلف أصحابنا.

هل يجوز بيع بعضه ببعض وزناً. على وجهين:

أحدهما: لا يجوز لما فيه من مخالفة النص وتغيير العرف.

والثاني: يجوز ويكون الوزن فيه نائباً عن الكيل للعلم بموافقته كما كان مكيال العراق نائباً عن مكيال الحجاز لموافقته في المساواة بين المكيلين.

فصل

إذا تبايعا صبرة طعام بصبرة طعام جزافاً ثم كيلا من بعد فوجدتا سواء كان البيع باطلاً لأن الجهل بالتماثل كالعلم بالتفاضل، ولو تبايعا على المكايلة والمماثلة صح البيع.

فإن كانتا سواء لزم العقد ولا خيار لواحد منهما. ولو فضلت إحدى الصبرتين على الأخرى ففيه قولان:

أحدهما: بطلان العقد لأن العقد يتناول جميع الصبرتين مع ظهور التفاضل.

والثاني: جواز العقد لاشتراط التماثل. فعلى هذا يأخذ صاحب الفضل زيادته ويكون لصاحب الصبرة الناقصة الخيار في فسخ البيع لتفريق الصفقة أو إمضاء البيع بمثل صبرته.

[١/أ] **مسألة**: قال(١): «وَلا يجوزُ بيعُ الدقيقِ بالحنطةِ» عندَ الشافعي رضيَ اللّهُ عنه.

لا يجوز بيع الحنطة بدقيقها بحال لا متفاضلاً ولا متماثلاً لا كيلاً ولا وزناً، وبه قال حماد والثوري وأبو حنيفة. وروي ذلك عن الحسن ومكحول والحكم وهو رواية عن أحمد. وقال مالك وربيعة والليث وابن شبرمة: يجوز ذلك، وروي ذلك عن النخعي وقتادة. وقال أحمد في الرواية الثانية وإسحاق: يجوز ذلك وزناً، وبه قال الأوزاعي، وقال أبو ثور: يجوز بيع أحدهما بالآخر متفاضلاً لأنهما يختلفان في الاسم، وهذا باطل فإن أنواع الجنس يختلف اسمها وكلها اسم جنس واحد. وكذلك بيع اللحم بالحيوان لا يجوز واختلف اسمها ولابد جنس فيه الربا زال هيئة الادخار

(١) انظر الأم (٢/ ١٤٤).

كخل التمر لا يجوز بيعه بالتمر. واحتج مالك رحمه اللّه بأن الدقيق نفس الحنطة، وإنما تفرقت أجزاؤها فصار كالحنطة الرخوة، والحنطة الركلة واحتج [١/ب] أحمد بأن الكيل يختلف فيهما والوزن يحضرهما فيجوز بالوزن، وهذا لا يصح لما ذكرنا من العلة والأصل فيها الكيل فلا يجوز بيعها وزناً بالبعض فيها. واعلم أن الطيب بن سلمة قال: فيه قول آخر للشافعي: أنه يجوز ذلك. كما قال مالك وحكاه الكرابيسي عن الشافعي فقيل: قولان، وقال أكثر أصحابنا: المسألة على قول واحد، إنه لا يجوز ولم يوجد في شيء من كتبه جوازه. وقد قال الكرابيسي: قال أبو عبد اللّه: يجوز ذلك. فيحتمل أنه أراد مالكاً وأحمد فإنه يكني كل واحد منهما أبا عبد اللّه.

فرع

يجوز بيع دقيق الحنطة بالشعير وبدقيق الشعير لأنهما جنسان.

فرع آخر

بيع دقيق الحنطة بدقيقها لا يجوز، نص عليه في القديم والجديد وهو المشهور، لأنه يجوز أن يكون أحدهما أنعم من الآخر، ولأنهما تماثلاً عن حالة الادخار. ونقل البويطي والمزني في المنثور عن الشافعي أنه قال: يجوز ذلك وبه قال أحمد. وقال أبو حنيفة: يجوز بيع الناعم منه بالناعم والخشن منه بالخشن. [٢/أ]

فرع آخر

بيع لب الجوز بلب الجوز حكمه حكم الدقيق بالدقيق.

فرع آخر

لا يجوز بيع الحنطة بالسويق ولا الدقيق بالسويق، ولا السويق بالسويق لما ذكرنا من العلة وفيه زيادة فساد، وهي أن النار تدخل في أجزائه فيأخذ من بعضها أكثر من بعض وكذلك لا يجوز بيع الحنطة بالخبز لما مضى وزيادة وهي أن أصل الحنطة الكيل فلا يجوز وزناً، ولأنه بيع دقيق وملح بدقيق وملح، وكذلك لا يجوز بيع الحنطة بالفالوذج لأنه بيع حنطة بنشاء وعسل ودهن، وكذلك لا يجوز بيع الجريش بالجريش، ولا الحنطة المقلية بالمقلية وغير المقلية، وكذلك لا يجوز بيع الحنطة المبلولة بغير المبلولة ولا المبلولة، لأن الحبات تنتفخ بالبلل فيؤثر ذلك في الكيل. وقال مالك وأبو يوسف: يجوز بيع الدقيق بالسويق متفاضلاً. ورواه أبو يوسف عن أبي حنيفة. وروي عنه تجوز متساوياً وفي رواية الأصل قال: لا يجوز بحالٍ. واحتجوا بأن السويق بالصنعة صار جنساً آخر وهذا غلط[١] لأن الدقيق بالطحن لا يصير جنساً آخر. [٢/ب] وكذلك السويق، وحكي عن أبي حنيفة أنه قال: لا يجوز بيع الحنطة بالخبز أيضاً.

---

(١) هكذا تكررت العبارة بالأصل.

فرع آخر

لا يجوز بيع الخبز بالخبز رطباً لما ذكر من العلة، وقال أحمد: يجوز إذا تماثلا في الوزن لأن معظم منفعتهما في حال رطوبتهما كاللبن باللبن، وهذا لا يصح لأن أكمل أحوال اللبن حال كونه لبناً وأكمل الأحوال هاهنا حين كان حياً فيعتبر التساوي في تلك الحالة ولا يمكن ذلك هاهنا.

فرع آخر

لو كانا يابسين فإن لم يكن مدقوقاً لا يجوز وإن كان مدقوقاً بأن جعله كعكاً ثم دقه قال في عامة كتبه: لا يجوز لعدم التساوي كيلاً حال كونهما بُرَين ولأنه بيع بُرّ وملح بلبن وملح. وقال في «حرملة»: يجوز، لأن ذلك حالة كمال وادّخار أيضاً فيباع كيلاً ولا يمتنع أن يكون للشيء الواحد حالتان للادخار كالعنب يدخر زبيباً وخّلاً، وأما الاختلاط بالملح فلا يضر، لأنه لا يظهر في الكيل ويصير الملح صفة فيه والمذهب الأول. قال القفال رحمه اللّه: ولا يحتمل غير هذا [٣/أ] على المذهب ولعل ذاك قول مرجوع عنه. قال أصحابنا وعقد الباب فيه على ما ذكر الشافعي في الصرف كل ما عمل من الأثمان يجوز بيعه بالأثمان وكل ما عمل من المأكول لا يجوز أصله فالدبس لا يباع بالعنب وبالتمر، والدقيق لا يباع بالحنطة وما يعمل من اللبن لا يباع باللبن. والفرق أن المصوغ من الذهب لا يستحيل بالصياغة بل هو ذهب على ما كان وما يتخذ من المطعوم يستحيل عن صفته.

مسألة: قال[1]: «ولا بأسَ بخلِّ العنبِ بعضه ببعض».

بيع خل العنب بخل العنب يجوز متماثلاً وكذلك العصير بالعصير لأن أجزاءه متقاربة ويخالف بيع الدقيق بالدقيق ولأن للعنب حالتين في الادخار إذا صار زبيباً وإذا صار عصيراً فيجوز بيع بعضه ببعض في كلتا الحالتين وعلى هذا يجوز بيع العصير بالخل لأنهما مدخران وهذا لأن العصير إذا صار خلّاً لا يظهر فيه نقصان كالتمر الحديث بالعتيق، وفيه وجه آخر لا يجوز لأن أحدهما على حالة الإدخار دون الآخر [٣/ ب] وإن كان فيهما ماء أو في أحدهما ماء لا يجوز، ولا يجوز بيع العصير والخل بالعنب لأن العصير الذي في العنب قد يزيد عليه وقد ينقص منه فيؤدي إلى التفاضل. وأما خل الزبيب بخل الزبيب لا يجوز قولاً واحداً لأنه ينقع في الماء وهل يجري الربا في الماء؟ وجهان والأصح أن فيه الربا فإن قلنا: بهذا يجوز أن يقل الماء في أحدهما ويكثر في الآخر فيكون بيع الماء بالماء متفاضلاً والخل بالخل متفاضلاً أيضاً، لأن الماء إذا تفاضل تفاضل الخل أيضاً، وإن قلنا: لا ربا في الماء لا يجوز لمعنى واحد وهو تفاضل الخلين لقلة الماء في أحدهما وكثرته في الآخر.

وإن باع خل الزبيب بخل العنب لا يجوز، لأنهما جنس واحد وفي أحدهما ما يجوز أيضاً، وإن كان فيهما ما فيه وجهان مبنيان على جريان الربا في الماء وكذلك خل الزبيب بخل

---

(١) انظر الأم (٢/ ١٤٤).

الرطب لأن فيهما ماء وهما جنسان وظاهر قول الشافعي هاهنا: فإذا اختلف الجنسان فلا بأس يدلّ على أنه لا ربا في الماء وأما خل الرطب بخل الرطب لا يجوز بحال كخل [٤/ أ] تقطع به العلقة بينهما وإذا تفرقا عن علقة بينهما بطل العقد الذي من شرطه التقابض ثم إذا كالا بعد التفرق فخرجا متفاوتين فالزيادة لا تدخل في العقد، وهل يصح في القدر الذي تساويا فيه؟ وجهان: أحدهما: يجوز لأنه قابل الصاع بالصاع وقد تساويا، والثاني: لا يجوز لعلتين: إحداهما: أنه قابل الصبرة بالصبرة وهما متفاوتتان، والثانية: أن الكيل في بعض المكايلة من تمام التسليم وقد تفرقا قبله فبقيت على ما ذكرناه. وإن خرجتا متماثلتين فيه وجهان أيضاً بناء على العلتين فإن قلنا: بالعلة الأولى فلا تفارق هاهنا، وإن قلنا: بالعلة الثانية فقد وجدت هاهنا وعلى هذا لو كانا في المجلس فكيلتا فخرجتا متساويتين يصح، وإن خرجتا متفاوتتين فوجهان بناء على العلتين.

ولو كانت إحدى الصبرتين صغيرة فقال: بعتك بما يقابلها من الكبيرة يصح بشرط أن يكيلا في المجلس، فإن تفرقا من غير كيل فعلى الوجهين. ولو قال: بعتك هذه الصبرة بصبرتك كل صاع بصاع فإن كانتا جنساً واحداً [٤/ ب] فقد ذكرنا وإن كانتا جنسين فخرج أحدهما ناقصاً يقال لمن نقص صبرته: أترضى بترك الفضل لصاحبك؟ فإن رضي فلا كلام وإن لم يرض يقال لصاحب الفضل: أترضى بإعطاء الفضل؟ فإن أبىٰ فسخ البيع حينئذ وهذا لأنه يجوز فيه التفاضل، ولهذا لو قال: بعتك هذه الصبرة بتلك الصبرة جزافاً جاز لهذا المعنى وقيل إن عند مالك يجوز بيع خل التمر بخل التمر إذ تجري فيه خلال بصير بصنعته وأخبر أن ما في أحدهما من الماء مثل ما في الآخر، وإياه أراد الشافعي في قوله[١]: «ولا خير في التحري». الفصل.

مسألة: قال[٢]: «ولا خيرَ في مدِّ عجوةٍ ودرهمَ بِمُدّ عجوة».

جملته: أن كل جنس ثبت فيه الربا لا يجوز بيع بعضه ببعض إلا مثلاً بمثل بسواء خالصاً لا يكون معه غيره، فإن كان كل واحد من العوضين أو مع أحدهما من غيره فالبيع باطل فلا يجوز بيع ثوب ودرهم بدرهمين، ولا ثوب ودينار بدينارين ولا ثوب وقفيز حنطة بقفيزين، ولا مد عجوة ودرهم بمدي عجوة ولا [٥/أ] بدرهمين ولا بمد عجوة ودرهم، ولا سيف محلى بفضة، بفضة ولا محلى بذهب بذهب ولا خاتم فضة فصُّهُ من غيره بفضة وإن كان مع كل واحد منهما أو مع أحدهما من جنسه ولكنه نوع آخر لا يجوز أيضاً مثل دينار قاشاني ودينار نيسابوري بدينارين نيسابوريين ولا مد عجوة ومد صيحاني بمدي صيحاني أو مد صيحاني ومد عجوة، ولا بيع درهم صحيح ودرهم مكسر بدرهمين صحيحين أو مكسرين أو درهم صحيح ودرهم مكسر، ولا يجوز بيع رديء بجيدين ولا برديئين وبه قال مالك: ذكر في «الموطأ» وشريح والنخعي وإسحاق وهكذا قال أحمد: إلا في الجنس الواحد فإنه قال يجوز أن يبيع دينارين مختلفين

(١) انظر الأم (٢/ ١٤٥).

(٢) انظر الأم (٢/ ١٤٥).

بدينارين متفقين ومكسوراً وصحيحاً بمكسورين أو صحيحين لأن الصنعة لا قيمة لها في الجنس الواحد. وقال أبو حنيفة: يجوز كل ذلك حتى لو باع ديناراً في خرقة بألف دينار جاز، فيكون الدينار بالدينار والباقي بمقابلة الخرقة.

وقال بعض أصحابنا بخراسان: إذا باع درهماً صحيحاً ودرهماً مكسوراً بدرهمين صحيحين يجوز لأنه يجعل كأن [٥/ب] صاحب الصحيح حابى لصاحبه بقدر ما في صحيحه من زيادة القيمة وقال هذا القائل: فإن بالغ كل واحد منهما في المماكسة فلا محاباة حينئذ فلا يجوز وهكذا قال في جيد ورديء بجيدين وهذا التخريج غير صحيح على أصل الشافعي، لأن أصله أن الصفقة إذا اجتمعت في أحد الشقين شيئين مختلفي القيمة فما في الجانب الآخر تتوزع عليهما في طريق القيمة، ألا ترى أنه لو اشترىٰ شِقصاً وسيفاً بألف درهم فأراد الشفيع أخذ الشقص بالشفعة فلا بد من توزيع الألف على قيمة السيف وقيمة الشِّقْص حتى يظهر ما يخص قيمة الشقص من المسمى في العقد، فيأخذ الشفيع بتلك الحصة حقه من الشفعة فكذلك إذا باع مد عجوة قيمته درهمان ومع المد درهم آخر بمدي عجوة قيمة كل واحد منهما درهمان فلا بد من التوزيع وإذا وزعنا فلا بد من إبطال العقد لأن المد الذي يساوي درهمين في جانب الدرهم إذا وزعنا على المدين اللذين في الجانب الثاني وقف بإزاء ثلثي المدين وذلك مد وثلث لأن المد الذي مع الدرهم [٦/أ] قدر ثلثي مال هذا الجانب فيقابل ثلثي مال ذلك الجانب، والثلث وهو الدرهم يقابل الثلث وهذا بيع تمر بتمر متفاضلاً وهذا المعنى موجود في بيع درهم صحيح ودرهم مكسر بدرهمين صحيحين.

واعلم أنه لم يَخْفَ على أبي حنيفة ما يؤدي إليه التوزيع الذي ذكرنا، ولكنه أَصّلَ لنفسه في هذا العقد أصلاً بخلاف أصول البيع لئلا يفسد العقد وهذا محض التحكم على الشرع وكان من الواجب أن ينص المتعاقدان على ما يؤدي إلى الصحة عند العقد، فيقول بعت منك المد بالمد والباقي بالدرهم حتى يصح ذلك ويكون كعقدين، فلما أطلق وجب علينا أن يبطل العقد إذا كان بخلاف أصول الشرع. فإذا تقرر هذا، قال الشافعي في تعليل هذه المسألة(١): حتى يكون التمر بالتمر مثلاً بمثل، وظاهره يقتضي جواز البيع في صورة واحدة وهي أن يبيع عجوة قيمته درهم مع درهم بمدي عجوة قيمة كل واحد منهما درهم لأنَّا إذا وزعنا الدرهم على المدين خص كل مد نصف درهم، وإذا وزعنا المد الذي مع الدرهم خص كلّ [٦/ ب] مد من المد الموزع نصفه، فيصير بيع مد قيمته درهم نصف مد ونصف درهم فيقف المد بإزاء نصف المد، ولا يؤدي إلى التفاضل في الصورة الأولى.

قال الإمام أبو محمد الجُوَيني: سمعت بعض من رجعت إليه نوبة العصر من أئمة أصحابنا، يجوز هذا البيع ويحتج بتعليل الشافعي وعندي أنه لم يسبق إلى هذا التخريج والذي عليه عامة أصحابنا قديماً وحديثاً أن البيع باطل هاهنا أيضاً لأصل آخر سوى

---

(١) انظر الأم (٢/ ١٤٥).

المفاضلة، وذلك أن التحري في مسائل الربا ممنوع كما نص عليه قبل هذه المسألة والتقويم ضرب من التحري لأن المُقوّم ربما يخطئ وربما يصيب وربما يخطئ خطأ يسيراً وقد يختلف تقويم المقومين وقد تختلف الأسواق في البلدان فهذه المماثلة مستدركة بطريق التحري ولا يكفي ذلك في مسائل الربا.

وقال القاضي الإمام الطبري في «المنهاج»: لا يختلف المذهب أنه يجوز في هذه الصورة إذا تحققنا المماثلة وهو الصحيح وقد يتحقق ذلك إذا اجتنينا من شجرة واحدة بحيث تتحقق المساواة ولا [٧/أ] مجال للتحري في ذلك بوجه، والتشكيك في مثل هذا الموضع نوع من الوسواس والله أعلم. وهذا أصح عندي وهكذا في درهم صحيح ودرهم مكسّر بدرهم صحيح ودرهم مكسّر إذا تحققنا المساواة.

فرع

لو باع داراً فيها صفائح الذهب بالذهب فإن أمكن جمع شيء بعينها لا يصح العقد، وإن لم يمكن يصح العقد وكذلك لو كان الذهب فيهما.

فرع آخر

لو باع داراً فيها صفائح الذهب بفضة فهو صرف وبيع هل يصح؟ قولان. فإذا قلنا: لا يصح لا بد من تسليم الدار وما يقابل الصفائح من البدل في المجلس وما يقابل الدار لا يعتبر قبضه في المجلس.

فرع آخر

إذا باع داراً فيها صفائح الذهب بدار فيها صفائح الفضة يمكن جمعها، وقلنا: يصح، لا بد من قبض الدارين في المجلس لأن قبض ما عليهما يكون بقبض الدارين.

فرع آخر

الشفيع إذا أراد أن يأخذ هذه الدار بالشفعة لا بد أن يسلم قدر ما يقابل الصفائح في المجلس ويسلم [٧/ب] الدار؛ لأن حكم الشفعة حكم المعاوضات وإنما سقط فيه اعتبار الرضا لدفع الضرر.

فرع آخر

لو باع صاعاً جيداً بصاع رديء يجوز، لأنه إذا وزع قابل نصفه نصفه وثلثه ثلثه فلا يؤدي إلى التفاضل في الكيل كيف ما زاد الأمر ولا يراعي القيمة إذا لم يجمع الصفقة في أحد الشقين شيئين.

فرع آخر

لو لم يكن بين العوضين ربا الفضل بل كان بينهما ربا النسيئة فجمع بين أحد العوضين وبين جنس غيره مما لا ربا فيه يخرج على القولين في الصفقة التي تجمع عقدين مختلفي الحكم، كصرف وبيع قولين للشافعي، وصورة المسألة أن يبيع صاع حنطة وثوباً بصاع شعير ثم التقابض إنما يجب في الشعير وفي القدر الذي نقابله من

الحنطة فأما في الباقي فلا يجب لأنه حنطة قابلت ثوباً وكذلك إذا باع سيفاً محلًّى بعضه بدنانير، فيه قولان لأنه صرف وبيع.

مسألة(١): قال: وكل زيتٍ ودهنٍ ولوزٍ وجوزٍ لا يجوزُ من الجنسِ الواحدِ إلا مثلاً بمثل.

نص الشافعي هاهنا على [٧ب/ ٦] أن الأدهان أجناس مختلفة فيجوز التفاضل بين دهن اللوز وبين دهن الجوز وبين الزيت ودهن السمسم، ونص في الخلول والألبان أيضاً: أنها أجناس مختلفة ولدى الأدقة والثمار وفي اللحمان علق القول ومال إلى أنها أجناس غير أنه فَرّع على كلا القولين فيه وتفصيل ذلك أن يقول: لا يختلف أصحابنا في الأدقة والثمار أنها أجناس قولاً واحداً. وقيل: ذكر في حرملة أن الأدقة والأخباز جنس واحد وهذا لا يحكى لأنه لا وجه له، ولم يختلفوا في اللحمان أيضاً على قولين وأما الخلول والأعصار والأدهان فمن أصحابنا من جعل فيها قولاً واحداً إنها أجناس ومنهم من جعل فيها قولين.

وأما الألبان فأكثر أصحابنا على أن فيها قولين كاللحمان، والمعنى في الألبان واللحمان أنها متولدة من أصول لا ربا فيها وقد جمعها اسم خاص في أول دخولها في الربا حتى لا يتميز البعض عن البعض إلا بالإضافة فصار أنواع اللحمان والألبان كأنواع التمور والأعناب والحنطة، فإن القصيل لا ربا فيه فإذا صار حباً فاسم [٨/ ب] جميع أنواع الحنطة خاص وإنما يعرف بعضها عن بعض بالإضافة، واللعب فيقال: حنطة شامية وحنطة ميسانية كذلك يقال: لحم البقر ولحم الغنم ولحم الإبل ولبن البقر ولبن الإبل بخلاف اسم الثمار فإنه وإن كان اسماً جامعاً فلكل واحد اسم خاص فلهذا صارت أجناساً.

وأما الخلول والأدهان فاسم الخل جامع ولكن قبل أن صارت خلولاً فلها أصول مختلفة يجري فيها الربا بخلاف الحيوانات فإنها وإن كانت أجناساً مختلفة فليس فيها ربا فلم نظهر اختلاف أجناسها في حكم الربا.

وأما الأدقة فإنها عين الحنطة والشعير وهما مختلفان وليس بشيء تولد منهما: واستخرج كاللبن واللحم حتى يحتمل أن يجعل جنساً واحداً والدقيق بمعنى المدقوق فكأنا نقول: حنطة مدقوقة وشعير مدقوق ومن أراد أن يفصل بين الألبان واللحمان فيجعل الألبان أصنافاً قولاً واحداً، واللحمان في أحد القولين صنفاً واحداً فرق بأن اللبن يثبت فيه حكم الربا وهو في أصوله المختلفة فإن في اللبن في ضرع البقر والغنم [٩/أ] ربا إذ لا يجوز بيع اللبون باللبن اعتباراً لحكم الربا فإذا ثبت لها حكم الربا وهي مختلفة لكونها كامنة في الأصول المختلفة لم يجز أن يصير بالحلاب صنفاً واحداً. واللحم لا ربا فيه ما دام في أصله فجاز أن يجعل صنفاً واحداً ولا خلاف أن السمن مع سائر الأدهان جنسان لأن اسم الأدهان لا يقع على السمن.

وأما سمن البقر والغنم فيجب أن يكون على قولين كالألبان، وإذا تقرر هذا قال أصحابنا: الأدهان على أربعة أضرب: دهن يعد للأكل ودهن يعد للدواء ودهن يعد للطيب ودهن يعد للاستصباح،

---

(١) انظر الأم (٢/ ١٤٦).

فأما الذي يعد للأكل كالزيت والشيرج وزيت الفجل ودهن الجوز وحب الصنوبر ونحوها يجري فيها الربا. وقد قال الشافعي: ودهن الصنوبر والخردل والحب الأخضر كلها مأكولة بعد استخراجها ومأكولة الأصل قبل استخراجها ففيها الربا لأنها إن كانت معتبرة بأنفسها فهي مأكولة فلم تحل في كلا الحالين من ثبوت الربا فيها ويجوز بيع بعضها ببعض من جنسه متماثلاً، وإن مست النار أصول بعضها لأنها [٩/ ب] قد بلغت حالة الادخار، ولا يختلف أصحابنا في شيء من ذلك إلا الشيرج، فإن المذهب أنه يجوز بيع بعضه ببعض متساوياً.

وقال أبو إسحاق: لا يجوز بيع بعضه ببعض أصلاً، لأنه شيرج وماء وملح وهذا غلط لأن الماء لا يمازج الدهن وكذلك الملح بل يبقيان في الكسبة ويخلص الشيرج عنها ويبقى فيه طعم الملح لا عينه وذلك لا يؤثر، ولو باع جنساً بجنس آخر يجوز على ما ذكرنا ولا خلاف في ذلك إلا في زيت الزيتون وزيت الفجل، فإن الشافعي نص فيه على قولين:

أحدهما: أنهما جنسان لأنهما مختلفان أحدهما من شجر والآخر من نبات، ويخالف أحدهما صاحبه في الطعم واللون والريح، وهذا أشهر وأصح، لأن الشافعي قال: وقد يعصر من الفجل دهن يسمى زيتاً وهو مباين للزيت.

والثاني: أنهما جنس واحد لأنه يجمعهما اسم الزيت، ويحتمل أن هذين القولين مأخوذان من القولين في اللحمان. ولا يجوز بيع الزيت بالزيتون ولا بيع الشيرج بالسمسم المدقوق ويجوز بيع الدهن بالكسبة لأنهما جنسان، وقال بعض أصحابنا: لا يجوز [١٠/أ] لأنها لا تنفرد عن الدهن وإن قلَّ، فإن كان فيها دهن فلا يجوز، وإن لم يبق فيها الدهن فعلى ما ذكرنا يجوز.

وأما الدهن الذي يعد للدواء كدهن اللوز المر، ودهن الخِرْوع وحب المشمش يجري فيه الربا لأنه مأكول ولكنه دواء كالسقمونيا.

وأما الدهن الذي يعد للطيب مثل دهن الورد ودهن البنفسج والياسمين، اختلف أصحابنا فيه فمنهم من قال: لا ربا فيه لأنه لا يعد للأكل بل يقصد رائحته وطيبه ويستعمل طلاء، ومنهم من قال: فيه الربا وهو الأصح لأنه يستخرج وهو مأكول وإذا طُيِّب لا يخرج من أن يكون مأكولاً ولكن يعد بما هو أعلى من الأكل فهو كالزعفران. فإذا قلنا: هذا يجوز بيع بعضه ببعض متماثلاً وهذا إذا طرح على السمسم ورداً أو بنفسجاً حتى يطيبه ثم يُمَيَّز عنه ويكرر ذلك ويطحن بعده فالرائحة فيه رائحة مجاورة لا مخالطة والدهن خالص فأما إذا طبخ مع الورد والبنفسج فلا يجوز بيع بعضه ببعض أصلاً لأنه يختلط به أجزاء الورد والبنفسج وقيل: هذا الدهن لا يؤكل عرفاً ولكنه مستخرج من أصل مأكول ففي أحد [١٠أ/ ٦] الوجهين لا ربا اعتباراً بأصله وعلى هذا يجوز بيع دهن الورد بدهن البنفسج والشيرج متماثلاً لأن الأصل واحداً وإنما تختلف رائحتهما ولونهما.

وقال أصحاب أبي حنيفة: يجوز متفاضلاً إذا اختلف طيبه فيجوز دهن الورد بدهن الخيري والبنفسج متماثلاً لأن مقصودهما مختلف ويجوز أيضاً بغير الطيب متفاضلاً وهذا غلط لأنه فروع لأصل واحد فيه الربا فصارت كالأدقة من أنواع الحنطة فإن قيل أليس كل واحد منهما يختص باسم؟ قلنا: أصل الكل من السمسم والاسم الخاص يجمع الكل وهو الدهن.

وأما الدهن الذي يعد للاستصباح كالبزر ودهن السمك، قال أبو حامد: لا ربا فيه لأنه يؤكل تسفها كالطين وقال غيره فيه وجهان، أحدهما: لا ربا فيه لأنه يعد للسراج لا للأكل، والثاني: فيه الربا وهو ظاهر المذهب لأنه مأكول يستخرج من حب الكتان وهو مأكول يشرب دهنه طرياً ويقلى به السمك ولا فرق بين ما يستبعد طعمه وبين ما لا يستبعد كما لا فرق بين الأقوات والأدوية التي تتناول نادراً وهذا اختيار [١١/أ] القاضي الطبري قال: ويجب أن يكون في دهن الطتر وهي الحوت التي بطبرستان وجهان.

وقال في «الحاوي»[١]: هل يجري الربا في حب الكتان والقرطم؟ وجهان، فإن قلنا: لا ربا فيهما، لا ربا في دهنهما وإن قلنا فيهما الربا ففي الربا في دهنهما وجهان، لأن الأصل مأكول، والفرع غير مأكول ولذلك دهن السمك من أصل مأكول ولكنه في نفسه غير مأكول ففيه وجهان. قال: ولو كان الدهن من أصل غير مأكول ولكنه بعد استخراجه مأكول كدهن حب القرع فيه وجهان:

أحدهما: فيه الربا اعتباراً بنفسه.

والثاني: لا ربا فيه كدهن البان والكافور.

مسألة[٢]: قال: ولا يجوزُ من الجنسِ الواحدِ مطبوخاً بنيءٍ منه.

الكلام الآن في العصير من الأشياء، كعصير العنب والرمان والسفرجل وقصب السكر، كل واحد من هذا جنس بانفراده على الصحيح من المذهب، وقيل: يجوز بيع الدبس بالخل لأنهما اختلفا في الاسم والصورة والطبع فإذا باع عصيراً بعصيرٍ لم يخل من أحد أمرين. فإما: أن يكونا جنسين أو جنساً [١١/ب] واحداً، فإن كانا جنسين جاز متفاضلاً ومتماثلاً سواء كانا نيئين أو مطبوخين أو كان أحدهما نيئاً والآخر مطبوخاً، وإن كانا من جنس واحد كعصير العنب بعصير العنب نُظِر فإن كانا نيئين جاز لأن معظم منفعته في هذه الحالة، وإن كانا مطبوخين لم يجز لأن عمل النار يختلف فيهما فيؤدي إلى التفاضل وكذلك إذا كان أحدهما مطبوخاً لم يَجُز لأن النار نقصته فيؤدي إلى التفاضل وليس كجفاف التمر لأن له غاية ينتهي إليها بخلاف الطبخ وعلى هذا يجوز بيع اللحم القديد بالقديد ولكن لا يجوز بالمطبوخ، وأما ما يطبخ للتمييز ويكون له غاية لا تمنع من التماثل كالسمن يطبخ للتمييز فيميز المخيص وله غاية في الطبخ لا يجاوزها فيجوز بيع بعضه ببعض فإن زيد على ذلك حتى انعقدت أجزاؤه لا يجوز حينئذ بيع بعضه ببعض. وإن قل انعقاده وأخذ النار منه، ومن أصحابنا من ذكر وجهاً آخر أنه إذا دخل النار فيهما لا يجوز بيع بعضه ببعض كما لو دخل النار في الزيت وهذا غلط والفرق ظاهر [١٢/أ].

وأما السكر والفانيذ قال أصحابنا بخراسان: فيه وجهان:

أحدهما: لا يجوز بيع بعضه ببعض وهو الصحيح لأن النار عقدته.

والثاني: يجوز لأن انعقاده غاية معلومة بخلاف الناطف والدبس وهو اختيار أكثر

---

(١) انظر الحاوي للماوردي (٥/١١٦). (٢) انظر الأم (٢/١٤٦).

أصحابنا بالعراق، والصحيح أن يقال: إن دخلت النار فيهما لتعيينهما وتمييزهما من غيرهما وهو الغالب فيما نشاهد يجوز، وإن دخلت لانعقادهما واجتماع أجزائهما لا يجوز وكذلك دبس التمر ورب الفواكه ذكره في «الحاوي». قال القفال: ولهذا جوز بعض أصحابنا السلَم في الخبز لأن لطحنه غاية ينتهي إليها حتى لو زيد لفسد.

فرع

في بيع الدبس بالدبس وجهان: لأن للنار فيه غاية يعرفها أهل الصنعة كالسكر بالسكر سواء.

فرع آخر

السكر بالفانيذ إن كان أصلهما مختلف يجوز، وإن كان أصلهما واحد فيه وجهان، فإذا تقرر هذا أخل المزني بالنقل هاهنا فقال: إذا كان إنما يدخر مطبوخاً، ولا مطبوخاً منه بمطبوخ، وقوله إذا كان إنما يدخر مطبوخاً [١٢/ب] يتولى مطبوخاً منه، وقوله: «إذا كان إنما يدخر مطبوخاً» لا يصلح لتعليل المسألة الأولى ولا لتصويرها ولا فائدة في هذه اللفظة، وهي توهم جواز البيع في المطبوخ بالنيء إذا كان لا يدخر مطبوخاً وليس كذلك، والشافعي حيث ذكر هذه المسألة فسوى بين المنظوم والمفهوم فلم يفصل بين ما يدخر مطبوخاً وبين ما لا يدخر مطبوخاً وأبطل البيع في الجميع، وقيل: عبارة الشافعي[١]: ولا يجوز في الجنس الواحد مطبوخاً منه بنيء بحالٍ ولا مطبوخ طبخ ليدخر بمطبوخ. فنقل المزني هذا فقدم بعض كلامه وأخر بعضه وعطف على المسألة الأولى، وقيل: معنى ما نقل المزني وإن كان إنما يدخر مطبوخاً.

مسألة: قال[٢]: «ولا يباعُ عسلُ نحلٍ بعسلِ نحلٍ إلا مُصفيين».

إذا باع عسل نحل بعسل نحل لا يخلو إما: أن يكون مُصَفّى أو غير مُصفى فإن لم يكن مُصفى فيباع الشهد بالشهد فالبيع باطل لمعنيين، **أحدهما**: ما ذكر الشافعي وهو أنه عسل بعسل مجهول، لأن الشمع يقل فيه ويكثر. **والثاني**: [١٣/أ] أنه بيع عسل وشمع بعسل وشمع فهو كبيع مد عجوة ودرهم بمد عجوة ودرهم، فإن قيل: أليس بيع التمر بالتمر يجوز، وإن كان فيه النوى ولذلك يجوز بيع اللحم باللحم، وإن كان مع العظم فما الفرق؟ قلنا: الفرق أن الشمع مقصود ويأخذ قسطاً من الثمن ورب موضع يكون الشمع فيه أعز من العسل، والنوى والعظم فهما غير مقصودين فلا يأخذان قسطاً من الثمن كقشر الجوز واللوز لأن في بقاء النوى والعظم صلاحاً وليس في تنقية الشمع صلاح العسل فافترقا، وإن كانا معينين من الشمع نُظر فإن صفي بالشمس جاز بلا خلاف؛ لأنها لا تعقد الأجزاء وإن صفي بالنار فقد ذكرنا الخلاف والمذهب ما ذكرنا، لأن الشافعي لم يفصل بين التصفية بالشمس أو بالنار وإن كان في أحدهما شمع وفي الآخر مصفى من الشمع لم يجز لأن العسل متفاضل ولو بقي بعض الشمع فيهما أو في

---

(١) انظر الأم (٢/١٤٧). (٢) انظر الأم (٢/١٤٨).

أحدهما لم يجز أيضاً؛ فإن قيل: أليس لو باع اللبن باللبن يجوز ويشتمل ذلك على المخيض والسمن؟ قلنا: المخيض والسمن مطعومان واللبن [١٣/ب] بمجموعة طعام على حدته فلا يعتبر بحالة أخرى حتى يقال: هما مطعومان مخلوطان بخلاف الشهد فإذا تقرر هذا أخل المزني[١] رحمه اللّه بالنقل حيث قال: لأنهما لو بيعا وزناً وفي أحدهما شمع وهو غير العسل كان العسل بالعسل غير معلوم. وهذا غلط ظاهر لأنهما إذا بيعا وأحدهما غير مصفى كان معلوم المفاضلة فلا معنى لقوله: غير معلوم وإنما يستقيم هذا التعليل في الشهد بالشهد لأنهما بما فيهما من الشمع غير معلوم المماثلة. والشافعي ذكر هناك هذا فاستعمل علة أحد المسألتين في الأخرى ثم قال: وكذلك لو بيعا كيلاً أي يفترق الكيل والوزن في هذه المسائل التي ذكرناها في العسل حيث جوزنا وحيث أبطلنا لأنهما نوعان من المقدار يستدرك بكل واحد منهما المماثلة والمفاضلة، وهذا اللفظ يدل على تصحيح أحد الوجوه في فرع تقدم ذكره وهو إذا لم يعلم للشيء معيار معهود في عصر الرسول ﷺ [١٤/أ] إذا أردنا بيع بعضه ببعض فما معياره؟ فيه أوجه: وقيل إن الشافعي قال: في الصرف[٢] فإن كان أصل العسل الكيل بيع كيلاً وإن كان أصله الوزن بيع وزناً فيوقف فيه، وقال في موضع آخر: والوزن في العسل والسكر والسمن أحوط. فنص على الوزن. وحكي عن أبي إسحاق أنه قال: أصل العسل الكيل فلا يباع بعضه ببعض إلا كيلاً. وقيل: أراد الشافعي قوله: لأنهما لو بيعا وزناً إذا انعقد لبرد الهواء وغلظ حتى لا يمكن كيله فيباع حينئذ وزناً فأما إذا أمكن دقه وكيله لا يباع إلا كيلاً. وهو قريب من قول أبي إسحاق والمذهب المنصوص ما تقدم.

فرع

عسل الطبرزد، وعسل القصب جنس واحد وهما من قصب السكر وهل يجوز بيع بعضه ببعض على ما ذكرنا في السكر؟ ويجوز بيعهما بعسل النحل كيف شاء متماثلاً ومتفاضلاً لأنهما جنسان فإن قيل: هلا قلتم العسل كله صنف واحد للاشتراك في الاسم؟ قلنا: قال الشافعي: وإطلاق العسل ينصرف إلى عسل النحل وإن كانت العرب [١٤/ب] تسمي كل حلو عسلاً، ولهذا قالوا للحديث الحلو والوجه الحسن معسول، وقالوا للجماع: عسيل قال النبي ﷺ في المطلقة ثلاثاً: «حتى تذوقي عسيلته ويذوق عسيلتك»[٣]، فإذا لم يشاركه في إطلاق الاسم لم يساوه في هذا الحكم.

فرع آخر

المشمش مع سائر الأعناب جنس واحد والتمر الهندي مع التمر المعروف جنسان لاختلافهما في الطعم والطبع والمقصود والصورة، وكذلك الجوز المعروف مع الجوز الهندي، وحكى ابن القطان وجهاً آخر أنهما جنس واحد لأن الاسم يشمل الكل.

---

(١) انظر الأم (٢/ ١٤٨). (٢) انظر الأم (٣/ ٢٨).

(٣) أخرجه البخاري (٥٢٧٣)، وأبو داود (٢٢٢٩)، والنسائي (٣٤٩٧)، وأحمد (٤/ ٣).

فرع آخر

البطيخ المعروف والبطيخ الآخر الذي يقال له: الهندي فيه وجهان، **أحدهما**: جنس واحد للاسم، **والثاني**: جنسان لاختلافهما في المقصود والصورة.

فرع آخر

بيع الشمع بالشهد يجوز؛ لأن الشمع ليس من مال الربا ولو باع بالعسل أولى أن يجوز.

مسألة: قال[1]: «ولا خيرَ في مد حنطةٍ فيها قَصَل [١٥/أ] أو زَوَان بمدِ حنطةٍ لا شيء فيها من ذلك».

القَصَل: عقد التبن، والزوان: حب دقيق الطرفين غليظ الوسط أصغر من الطعام يقال له بالفارسية: أحجم وهو الذي يسكر آكله فلا يجوز بيع الحنطة بمثلها وفي أحدهما أو فيهما شيء من ذلك لأنه يأخذ من المكيال موضعاً فيؤدي إلى التفاضل في الحنطة. وإن كان فيهما قليل من تبن أو تراب جاز، لأنه لا يأخذ قسطاً من المكيال فإنه يحصل في شقاق الحنطة وفي الخلل الذي يكون بينهما، فإن الحنطة دقيقة الطرفين غليظة الوسط، فإذا حصل حبّ بجنب حبّ حصل المكان خالياً فيحصل التراب فلهذا جاز ويفارق الموزون إذا كان في الفضة تراب لم يجز وإن قل لأن الميزان يأخذ قسطاً منه وإن قل وكذلك إذا باع الزعفران بالزعفران وزناً وفي إحدى الكفين يسير تراب لا يجوز البيع، وإذا تقرر هذا أخل المزني بالنقل فقال في علة هذه المسألة[2]: لأنها حنطة بحنطة متفاضلة ومجهولة. وقوله: متفاضلة هو التعليل في [١٥/ب] هذه المسألة فلا معنى لقوله ومجهولة لأن الجهالة لا تأثير لها مع تعين المفاضلة، وإنما يحسن ترادف هاتين العلتين بعد تقديم الصورتين فكان ينبغي أن يذكر فساد البيع إذا كان القَصَل في أحدهما ثم نذكر فساد البيع إذا كان القصل فيهما، ثم نعطف على المسألتين فنقول: لأنها حنطة بحنطة متفاضلة ومجهولة فتنعطف إحدى العلتين على إحدى الصورتين، والثانية على الثانية وهذا قريب مما وقع له في مسألة العسل وقول الشافعي: لا خير فيه أراد التحريم، وكنا نتوهم أن هذه اللفظة له حتى وجدنا لمالك في مسائل الربا فتوهمنا له حتى وجدنا رسول اللّه ﷺ استعملها في مثل هذه المسائل.

مسألة: قال[3]: «ولبنُ الغنمِ ماعزهِ وضائنه صنف».

الفصل

نص الشافعي هاهنا أن الألبان أجناس مختلفة، وقد ذكرنا ذلك فعلى هذا يجوز أن يباع لبن البقر بلبن الغنم متفاضلاً وبكل ما يتخذ من لبن الغنم، وأما [١٦/أ] لبن الضأن والمعز فصنف واحد كما أن الضأن والمعز صنف واحد، وكذلك لبن الإبل مهريها وعرابها صنف واحد، ولبن غنم البري وهي الظبا صنف آخر سوى لبن غنم

---

(١) انظر الأم (٢/١٤٨).
(٢) انظر الأم (٢/١٤٨).
(٣) انظر الأم (٢/١٤٨ ـ ١٤٩).

الأهلي، وإذا قلنا: الألبان صنف واحد، وهو قول مالك وأحمد فكل لبن يشرب من أي حيوان كان فكله صنف واحد فإذا تقرر هذا فبيع اللبن باللبن جائز في الجملة على ما ذكرنا، فإن قيل: أليس لا يجوز بيع الرطب بالرطب عندكم فما الفرق؟ قلنا: الفرق أن معظم منفعته في غير هذه الحالة وهي عند كونها تمراً وهاهنا معظم منفعته في هذه الحالة، لأنه يصلح لجميع ما يتخذ من اللبن فإذا صرف إلى جهةٍ مخصوصةٍ لا يمكن ذلك فجرت هذه الحالة مجرى حالة الادخار في التمر، أو نقول: الرطوبة هناك ليست من مصلحته ولا حافظة لمنفعته بخلاف الرطوبة في اللبن، أو نقول: الرطب يصير على هيئة الادخار بنفسه، لأنه لو ترك في نحله تساقط هو بنفسه بعدما يصير [١٦/ب] تمراً فقبل ذلك لا يجوز بيع بعضه ببعض، لأنه قبل حالة الادخار بخلاف اللبن.

فإذا تقرر هذا فبيع اللبن الحليب يجوز لأنه لبن خالص. وكذلك يجوز بيع الرائب بالرائب وهو اللبن الذي حصل فيه قليل حموضة لأنه لبن خالص. وكذلك يجوز بيع اللبن الحليب بالرائب، وإن كان فيهما أو في أحدهما ما لا يجوز وإن مسه نار فإن كان للتسخين يجوز وإن غليا أو أحدهما لا يجوز. ولا يجوز بيع اللبن بشيء مما يتخذ من اللبن لا متماثلاً ولا متفاضلاً، وقيل: الذي يتخذ من اللبن سبعة أشياء الزبد والسمن والمخيض واللبأ والأقط والمصل والجبن، وزاد بعض أصحابنا الشيراز والرخبين والكشك والبطيخ والكواميخ، وأما الزبد باللبن لا يجوز قال الشافعي: لأن الزبد شيء من اللبن يريد بذلك أصله ولا يجوز بيع ما استخرج من شيء بأصله، كما لا يجوز بيع الشيرج بالسمسم.

وقال أبو إسحاق: العلة فيه أن الزبد شيئاً من اللبن فيكون بيع لبن معه شيء آخر بلبن وذلك لا يجوز. [١٧/أ] كما لا يجوز بيع درهم ومد عجوة بمدي عجوة. فإن قيل: فيجب أن لا يجوز بيع لبن بلبن لأنه لبن وزبد بلبن وزبد قيل: إنما يتعلق به حكم الربا إذا تميز فأما قبل التميز فلا حكم له كالسمسم بالسمسم يجوز وإن كان في كل واحدٍ منهما شيرج وسمسم، وإن كان بيع الشيرج بالسمسم لا يجوز. وأما بيع السمن باللبن لا يجوز لعلّة الشافعي وهي: أن السمن شيء من اللبن، وعلة أبي إسحاق تقف هاهنا لأنه لا يجوز هذا وإن لم يكن في السمن شيء من اللبن فدل على بطلان علته، وأما بيع المخيض باللبن وهو اللبن الذي استخرج منه الزبد ويسمى الدوغ لا يجوز لأن في اللبن مخيضاً ولأنه مستخرج منه.

وقال: قال الشافعي في «الأم»: ولا خير في بيع الحليب بالمضروب لأن في المضروب ماء فإن كان يطرح فيه ماء فهذا معنى آخر يمنع البيع والمضروب هو المخيض، وأما اللبا باللبن لا يجوز لأن أصله الكيل واللبأ المعمول للأكل لا يكال ولأن النار قد عقدت أجزاءه فيؤدي إلى التفاضل. وأما الأقط والمصل والجبن وسائر ما ذكرنا [١٧/ب] لا يجوز باللبن لمعاني: أحدها أن أصله الكيل فلا يباع وزناً ولأن النار قد اختلف عملها في أجزائه فيؤدي إلى التفاضل، ولأنه قد خالطه غيره فإن المصل قد خالطه ملح وكذلك الأَقِط والجبن خالطه ملح وأَنفَحة وكذلك الرخبين والكِشك والكامِخ وأما ما يتخذ منه إذا باع بعضه ببعض، فإن باع الزبد بالزبد لا يجوز لأن المقصود منه السمن الذي فيه وذلك مجهول التماثل لقلة اللبن في أحدهما وكثرته

في الآخر نص عليه الشافعي فيما نقله القاضي أبو حامد ومن أصحابنا من قال فيه وجهان: **أحدهما**: لا يجوز لما ذكرنا. **والثاني**: يجوز لأن اللبن في الزبد يسير غير مقصود، فهو كالنوى في التمر وصار كبيع السمن بالسمن يجوز، قال صاحب «الحاوي»[(١)]: وهو الأصح عندي. وأما السمن بالسمن قال الشافعي: يجوز معه وزناً أحوط وهذا لأنه لا يخالطه غيره ولو كان جامداً.

قال في «الحاوي»[(٢)]: فيه وجهان: **أحدهما**: لا يجوز لأن أصله الكيل ولا يمكن. **والثاني**: يجوز لأن الكيل فيه متعدد والوزن أحصر وهذا خلاف ما ذكرنا [١٨/أ] في النص. وأما اللبأ باللبأ والأقِط بالأقِط والجبن بالجبن لا يجوز لأن أصله الكيل ولا يمكن فيه ولأن النار قد اختلف عملها فيه.

قال القاضي الطبري: الجبن بالجبن لا يجوز لأن فيهما أنفحة فيؤدي إلى التفاضل ولا يجوز بيع الجبن بالمصل أيضاً لهذا ولكن بيع المصل بالمصل إنما لا يجوز لأنه لا يمكن كيلهما فإن دقَّا جميعاً حتى أمكن الكيل يجب أن يجوز بيع بعضه ببعض وبيعه باللبن أيضاً وهذا عندي إذا لم يخالطه ملح فإن خالطه ملح فلا يجوز على ما ذكرنا بلا خلاف.

وقال في «الحاوي»[(٣)]: إن كان الجبن طرياً لا يجوز وإن كان يابساً فيه قولان: **أحدهما**: يجوز رواه حرملة وهذا إذا تناهى بنفسه فيباع بالوزن لصحة المماثلة فيه وإنه غاية اللبن التي ينتهي إليها وهو اختيار أبي إسحاق. **والثاني**: رواه الربيع وهو الأصح لا يجوز واختلفوا في العلة فقال ابن سريج: العلة أن أصله الكيل وقد تعذر وقال غيره: لأن فيه أنفحة يعمل بها فيمنع التماثل فيه فعلى هذا لو دق الجبن حتى صار ناعماً يجوز على قول ابن سريج وعلى قول غيره لا يجوز. وأما بيع نوع بنوع آخر إما الزبد بالسمن [١٨/ب] لا يجوز، لأنه بيع بثمن ولبن بسمن، وأما بيع السمن بالمخيض يجوز لأنه ليس في السمن مخيض ولا في المخيض سمن.

وأما بيع الزبد بالمخيض قال الشافعي: يجوز لأنه قال[(٤)]: فإذا أخرج منه الزبد وصار مخيضاً يجوز بيعه بزبد وسمن. وقال أبو إسحاق: لا يجوز ذلك على مقتضى تعليله وهو أن في الزبْد شيئاً من اللبن، ونص الشافعي على جوازه فدل على فساد تعليل أبي إسحاق. قال أبو حامد: أجاب الشافعي بهذا ظناً منه أنه لا لبن في الزبد وليس كما ظن فإن الزبد لا ينفك من اللبن فلا يجوز وهذا قياس المذهب. وأجاب أصحابنا بأن الشافعي إنما قال: إذا لم يكن فيه اللبن ظاهراً. وذلك القدر يسير لا يتبين إلا بالنار والتصفية فلا حكم له، وقال القفال: المذهب ما نص عليه لأن المقصود من الزبد السمن والمخيض ليس من جنس السمن إذا كان منزوع الزبد فهما جنسان مختلفان وهكذا ذكر القاضي الطبري فيجوز متفاضلاً وعلى هذا يجوز بيع الدهن بالكسبة، لأنهما جنسان كالسمن بالمخيض وأكثر ما في هذا الباب أن اللبن الذي فيه يأخذ جزء من

---

(١) انظر الحاوي للماوردي (٥/ ١٢٢).

(٢) انظر الحاوي للماوردي (٥/ ١٢٢).

(٣) انظر الحاوي للماوردي (٥/ ١٢٢).

(٤) انظر الأم (٢/ ١٤٩).

الوزن [١٩/أ] فيصير الزِبْد باللبَن غير متماثلين وهذا لا يضر، لأن بيع اللبن المنزوع زبده بالزبد جزافاً جائز قال: وخرجت على هذا أن بيع الحنطة التي فيها شعيرات بالحنطة التي فيها شعيرات أخذت جزءاً من الكيل فتجهل المماثلة وكذلك لا يجوز بيع الحنطة الخالصة بالحنطة التي فيها شعيرات لهذا المعنى، وأما بيع حنطة فيها شعيرات بالشعير يجوز، لأن المقصود هو الحنطة والحنطة والشعير مختلفان والشعيرات التي فيها غير مقصودة، وهذا مثل بيع الدنانير بالدراهم وكانت في الدراهم حبات سمسم أو قليل تراب لم يضره لأن المماثلة فيه غير معتبرة وبمثله لو باع الوَرِق بالوَرِق أو الذهب بالذهب وفي أحدهما حبات سمسم أو قليل تراب لا يجوز وأصحابي يخالفوني كثيراً في هذه المسألة غير أنها وأمثالها لا تخرج إلا على هذا الأصل الذي أصلت.

وقال الشيخ أبو محمد الجويني في «المنهاج المختصر»: الذي في الزبد قليل فلا حكم له، كما لو باع حنطة لا شعير فيها بحنطة فيها حبات شعيرٍ قليلة يجوز، وهذا خلاف ما ذكر القفال وهو الأصح، وعلى ما ذكرنا [١٩/ب] قال أصحابنا: بيع الدقيق بالنخالة الصافية عن الدقيق تجوز لأنهما جنسان والنخالة ليست من مال الربا، وأما بيع اللبا بالأقط أو بالجبن أو بالمصل لا يجوز بحالٍ لما ذكرنا.

فرع

لو[١] باع الكسبة بالكسبة، حكي عن ابن أبي هريرة أنه يجوز وزناً إذا استخرج الدهن وقال غيره: لا يجوز لأن أصله الكيل وقد تعذر ويختلف عصره فربما يبقى الدهن في أحدهما أكثر ولأن في الكسبة ماء وملحاً لا يمكن استخراج الدهن إلا بهما.

فرع آخر

لو باع العلس بالعلس لا يجوز إلا بعد الإخراج من قشرته وكذلك لا يجوز بيع العلس بالحنطة ولكن يجوز بيعه بالشعير لأنهما جنسان يجوز فيهما التفاضل.

فرع آخر

بيع الأرز بالأرز قبل إخراجه من القشر العليا لا يجوز كالعلس، وأما قبل إخراجه من القشرة الثانية الحمراء، قال بعض أصحابنا: لا يجوز أيضاً لأنه كالعلس ونصابه عشرة أوسق كالعلس. وقال جماعة أصحابنا: هذه القشرة اللاحقة به تجري مجرى أجزاء الأرز لأنه يؤكل [٢٠/أ] ويطحن معها وإنما يخرج منها ناهياً في استطابته كما تخرج النخالة من الحنطة ولا يمنع ذلك بيع الحنطة بالحنطة ونصابه في الزكاة خمسة أوسق كالحنطة مع قشرتها الحمراء. ذكره في الحاوي[٢]. وهذا القول الثاني هو الصحيح عندي ولا يحتمل الوجه الآخر والصحيح أنه يجوز الأرز في قشرته العليا أيضاً لأنها من صلاحه ويدخر معها وكذلك الباقلي بالباقلاء في قشره يجوز وهو المذهب.

---

(١) انظر الحاوي للماوردي (٥/ ١٢٣).
(٢) انظر الحاوي للماوردي (٥/ ١٢٢).

فرع آخر

بيع الحنطة المسوسة بالمسوسة ولم يبق في واحد منهما لب يجوز لأنه نخالة فإن بقي قليل لب لا يجوز وكذلك لو باع المسوس بالصحيحة.

مسألة: قال[١]: «ولا خيرَ في شاةٍ فيها لبنٌ بلبن يقدرُ على حَلْبهِ».

الفصل

في هذا الكلام تقديم وتأخير أي: لا خير في شاة في ضرعها لبن يقدر على حلبه بلبن، ثم اعلم أنه لا يجوز هذا البيع لأن اللبن في الضرع يأخذ قسطاً من اللبن المقابل للشاة ولا بد من تقويم الشاة [٢٠/ب] واللبن لتوزيع الثمن عليهما فصار كبيع مد عجوة ودرهم بمدي عجوة وإنما قلنا كذلك لأن اللبن في الضرع يأخذ قسطاً من الثمن بدليل خبر المصراة حيث جعل رسول اللّه ﷺ بدل اللبن صاعاً من تمر ولأن اللبن في الضرع كاللب في الجوز لأن صاحبه يستخرجه متى شاء ولهذا قال ﷺ: «لا يحلبن أحدكم شاة غيره بغير إذنه أيحب أحدكم أن تؤتى خزانته فينتشل ما فيها»[٢]، فلما لا يجوز بيع لب الجوز بالجوز للجهل بالتماثل بين اللُّبّين، كذلك هاهنا لا يجوز. وقال أبو حنيفة: يجوز بيع لب الجوز بالجوز إذا كان اللب الخارج أكثر ليقابل الزيادة القشر، وكذلك يجوز بيع اللبن باللبون إذا كان اللبن الخارج أكثر على هذا التقدير.

قال الشافعي[٣]: «وليس كالولد لا يقدر على استخراجه» ليس أنه يحتاج إلى فرق بين اللبن والحمل في أمر الربا لأنه لا ربا في الحمل ولكن كان قائلاً قال له: جعلت للابن قسطاً من الثمن حتى أثبت فيه الربا ولم يجعل [٢١/أ] للحمل قسطاً من الثمن في أحد القولين ففرق بأن الحمل لا يقدر على استخراجه فجاز أن يجعل كالمعدوم ما لم يخرج وهذا مقدور عليه.

فإن قيل: لو كان للبن قسط من الثمن لما جاز بيع شاة فيها لبن أصلاً لأنه بيع مجهول ومعلوم صفقة واحدة وأجمعنا على جوازه بغير اللبن كما لا يجوز بيع شاة ولبن في قدح مغطى بدينار قلنا: الفرق أن اللبن في الضرع مستور بما فيه مصلحته فجاز بخلاف ما لو كان في القدح وهو كبيع الجوز بجوز فإن كان اللب مستوراً بخلاف ما لو كان مستوراً بغير القشر ولأن اللبن في الضرع تبع للشاة تدخل في البيع بالإطلاق بخلاف ما لو كان في القدح والجهل بالبائع لا يضر كالجهل بأساس الدار.

فرع

لو باع شاة في ضرعها لبن بلبن أو بقراً أو إبل فإن قلنا: الألبان صنف واحد لا يجوز على ما ذكرنا وإن قلنا: الألبان أصناف يجوز كما لو باعها بدراهم.

---

(١) انظر الأم (٢/ ١٤٩).

(٢) أخرجه البخاري (٢٤٣٥)، ومسلم (١٧٢٦)، وأبو داود (٢٦٢٣)، والحميدي (٦٨٣).

(٣) انظر الأم (٢/ ١٤٩).

فرع آخر

لو كان هذا البيع نسيئة فهو أفسد البيع فيكون ربا على ربا وإن كان التي في ضرعها لبن مذبوحة فالحكم [٢١/ب] فيها كما لو كانت حية بل أفسد لأنها قد صارت لحماً وفيه الربا فكأنه باع لبناً ولحماً بلبن.

فرع آخر

لو لم يكن في ضرعها لبن جاز بيعها بلبن لأنهما عينان لا ربا في إحداهما فهو كبيع الشاة بالتمر، وقال في كتاب حرملة: لو حلب بلبنها ثم بيعت بلبن في الحال جاز لأن ذلك القدر الذي فيها من اللبن يسقط حكمه في البيع كما لو باع داراً مسقفاً بذهب يجوز لأن ذلك كالمستهلك ومفهوم قوله هاهنا: يقدر على حلبه يدل على هذا لأن هذا القدر لا يقدر على حلبه ولا يمكن استقصاء اللبن بالحلاب، وهو كما لو قال: واللّه لأشربن ماء هذه الأداوة فشرب وغادر بللاً يسيراً برّ في يمينه لأنه عاجز عن انتشاف بلل الإداوة بالشرب.

فرع آخر

لو باع شاةً مذبوحة مسلوخة لا لبن فيها بلبن فلا شك في الجواز لأنها جنسان.

فرع آخر

لو باع شاة فيها لبن بشاة فيها لبن فالمذهب أنه لا يجوز، وبه قال عامة أصحابنا. وقال أبو الطيب بن سلمة: يجوز كما يجوز بيع دار فيها ماء بدار فيها ماء وكما يجوز بيع [٢٢/أ] سمسم بسمسم وإن كان في كل واحدٍ منهما شيرج وكسبة وهذا غلط لأنه لا يجوز بيع نخلة مثمرة بنخلة مثمرة، وكذلك لا يجوز بيع لبن في إناء بلبن في إناء على أن يدخل الإناءان في البيع وأما بيع دار فيها ماء بدار فيها ماء، قال عامة الأصحاب: يجوز لأنه لا ربا في الماء وهو المذهب، وإن قلنا في الماء ربا، فإن كان محوزاً في الحباب فهو مملوك بلا خلاف ولا يجوز هذا البيع خوف التفاضل وإن كان الماء في البئر، قال بعض أصحابنا: هو مملوك أيضاً فلا يجوز إلا أن يكون الماء ملحاً غير شروب فيجوز لأنه لا ربا فيه، وقال جمهور أصحابنا وهو ظاهر المذهب: إنه لا يُملك إلا بالأخد وكذلك ماء العين وإنما يكون لمالك البئر منع غيره من التصرف في بئره أو نهره فإن جازه الغير ملك والذي يدل على هذا أن من اشترى داراً فاستعمل ماءها ثم ردها بعيب لا يلزمه غرم الماء بالإجماع بخلاف لبن الضرع، وأيضاً يجوز لمستأجر الدار استعماله ولو كان على ملك صاحب الدار لم يجز ذلك [٢٢/ ب] فعلى هذا يجوز البيع في هذه المسألة.

فإن قيل: أليس لو اشترى داراً وفيها بئر لا ماء فيها ليردها بالعيب فدلّ أن الماء يملك بالعقد قلنا: إنما قلنا كذلك لأن الدار تصير معيبة بجفاف البئر فيردها بالعيب لا لأجل أن الماء مملوك وهو في البئر، وقيل: إذا باع داراً في بئرها ماء فإن لم يكن للماء قيمة في ذلك البلد لا يجعل للماء حكماً ولكن يدخل في العقد تبعاً، وإن كان للماء قيمة لا يدخل الماء الموجود في البيع إلا بالشرط، فإن شرط فإن كان قدر الماء

معلوماً بالعرض والعمق يجوز، وإن كان مجهولاً لا يجوز ففي مسألتنا إن لم يكن للماء قيمة يجوز وإن كان للماء قيمة ونصا عليه من الجانبين فهو مبني على أن في الماء ربا أم لا على ما ذكرنا.

فإن قيل: أليس تسقطون حكم الجهالة في اللبن للتبعية؟ فأسقطوا فيه حكم الربا للتبعية، قلنا: حكم الربا يثبت مع التبعية كما في الثمرة غير الموبرة إذا باعها مع النخلة بمثلها لم يَجُز. وأما بيع السمسم بالسمسم إنما جاز لأن الشيرج الذي فيه لا يأخذ قسطاً من الثمن [٢٣/أ] بخلاف اللبن وقيل: الفرق أن السمسم بالسمسم بيع شيرج بشيرج والكسب فيه غير مقصود كالنوى في التمر، وهاهنا اللبن والشاة مقصودان.

فرع آخر

لو باع دجاجة فيها بيض ببيض، قال أصحابنا: لا يجوز وجهاً واحداً لأنه معتبر وهو موجود في جوفها.

وقال في «الحاوي»[١]: فيه قولان مخرجان من القولين في الحمل هل له قسط من الثمن أو هو تبع لأن البيض كالحمل فإن قلنا: أخذ قسطاً من الثمن لا يجوز لأن بيع البيض بالبيض لا يجوز على قوله الجديد، وإن قلنا: بيع يجوز، وعلّل والدي الإمام رحمه اللّه لهذا القول بأنه كالمستهلك ما دام في جوفها.

مسألة: قال[٢]: «وكلُّ مَا لَمْ يجزْ التفاضلُ فيهِ فالقسمُ فيهِ كالبيع».

هذا جواب على أظهر قوليه وأجراهما على القياس وهو أن القسمة بيع لإفراز حق. وبه قال أبو حنيفة: ووجهه أن كل جزء من الدار مشترك بينهما فعند الاقتسام يصير كأن كل واحد منهما باع ما في يد شريكه من نصيبه بما في يده من نصيب [٢٣/ب] شريكه، ومن قال إنها إفراز حق احتج بأنها لو كانت تبعاً ما صحت بالقرعة ولا استحقت الشفعة بها ولا افتقر إلى لفظ البيع وهذا اختيار أبي حامد. فإذا تقرر هذا ففائدة الخلاف في فصلين: **أحدهما**: في جنس فيه الربا يجوز بيع بعضه ببعضه كالبر والشعير فلا يجوز قسمتها وزناً إذا قلنا بيع، وإن قلنا إفراز حق يجوز بالوزن. **والثاني**: في جنس فيه الربا لا يجوز بيع بعضه ببعض كالرطب والعنب فهل يجوز قسمتها؟ قولان بناء على هذين القولين.

وأما قسمة الثمار على رؤوس الأشجار فقد تقدم حكمها في كتاب الزكاة وقيل: إنما اختلف قول الشافعي في هذا الاختلاف قوله في خرص رسول اللّه ﷺ ثمار المدينة هل كان لمعرفة قدر الزكاة أو لإفراز حقوق أهل السهمان، فإن قلنا: خرصها لمعرفة قدر الزكاة فيها وإنما كان إفراز الحق تبعاً لمعرفتها لا تجوز قسمة الثمار خرصاً وتكون القيمة بيعاً وإن قيل: خرصها [٢٤/أ] كان لإفراز حق أهل السهمان جاز قسمة الثمار خرصاً وكانت القسمة إفراز حق وتمييز نصيب.

---

(١) انظر الحاوي للماوردي (٥/ ١٢٥ ـ ١٢٦). (٢) انظر الأم (٢/ ١٥٠).

فرع

لو[1] كانت الصبرة بينهما نصفين فاقتسما أخذ هذا قفيزاً وهذا قفيزاً، ولا يجوز لأحدهما أن يستوفي كل حقه منهما ثم يكتال للآخر ما بقي لجواز أن يتلف الباقي قبل أن يكتال الشريك الآخر ولأنهما استويا في الملك فيستويا في القبض.

فرع آخر

لو اتفقا على المبتدئ منهما بأخذ القفيز الأول جاز ولو لم يتفقا أقرع بينهما في أخذه ويكون استقرار ملك الأول على ما أخذه موقوفاً على أن يأخذ الآخر مثله فلو أخذ الأول قفيزاً فهلكت الصبرة يرد نصف القفيز.

فرع آخر

قبضهما بالكيل وحده دون التحويل بخلاف البيع والفرق أن المبيع مضمون على بائعه باليد فاعتبر في قبضه التحويل لرفع اليد فيسقط الضمان وليس في القسمة ضمان يسقط بالقبض بل هو موضوعه [٢٤أ/٦] للإجازة وبالكيل دون التحويل تقع الإجازة.

فرع آخر

لو تقابضا بعض الصبرة ولم يتقابضا باقيها حتى افترقا صحت القسمة فيما تقابضا قولاً واحداً وكانت الشركة بينهما فيما بقي على الإشاعة.

فرع آخر[2]

إذا قلنا: القسمة إفراز حق والشيء مما يتماثل أجزاؤه كالحبوب جاز أن ينفرد أحدهما بأخذ حصته عن إذن شريكه بخلاف الثياب فإن هناك يحتاج إلى الاجتهاد والنظر في طلب الأحظ فلم يجز أن ينفرد بالقسمة وإن أذن الشريك بخلاف هذا ولو انفرد أحد الشريكين بأخذ حقه من غير إذن شريكه فيه وجهان: **أحدهما**: لا يجوز لأن لشريكه حق الإشاعة فلا يسقط إلا بالإذن. **والثاني**: يجوز له لأنه لو استأذنه لم يكن له أن يمنعه فجاز أن لا يستأذنه إذا استوفى قدر حقه منه. ذكره في «الحاوي»[3]، وعندي الأصح الوجه الأول. وإن قلنا: القسمة بيع لا يجوز أن ينفرد أحدهما بحال لا بالإذن [٢٥/أ] ولا بغير الإذن لأنه لا يجوز ذلك في البيع.

فرع آخر

لو مات رجل وخلف كلاباً ففي قسمتها وجهان، **أحدهما**: يقسم بالتقويم للضرورة كما يقوم الحر في معنى الحكومة للضرورة. **والثاني**: يقسم بالعدد.

فرع آخر

الدار إذا كان نصفها ملكاً ونصفها وقفاً مشاعاً فإن قلنا: القسمة إفراز حق، يجوز

---

(١) انظر الحاوي للماوردي (٥/١٢٨).

(٢) انظر الحاوي للماوردي (٥/١٢٧).

(٣) انظر الحاوي للماوردي (٥/١٢٧).

قسمتها، وإن قلنا: إنها بيع فيه وجهان، أحدهما: لا يجوز لأن الوقف لا يقبل البيع وهو القياس، والثاني: يجوز، والمصلحة في هذا وبه أُفتي لأنها لو تركناها شائعة بين وقف وملكٍ تداعى ذلك إلى الخراب عند التنازع وإذا ميزنا الوقف عن الملك أقبل كل مستحق على عمارة حصته.

مسألة: قال[١]: «ولا يجوزُ بيعُ ثمرٍ برطبٍ بحالٍ».

بيع الرطب بالتمر على وجه الأرض لا يجوز بحال وكذلك كل ثمرة رطبةٍ بيابسها كالعنب بالزبيب والخوخ الرطب بالمقدد ونحو ذلك. وبه قال سعد بن أبي وقاص وسعيد بن [٢٥/ب] المسيب ومالك والليث وأبو يوسف ومحمد وأحمد وإسحاق. وقال أبو حنيفة وحده: يجوز واحتج الشافعي بما روى سعد بن أبي وقاص رضي الله عنه أن النبي ﷺ سأل عن شرى التمر بالرطب فقال: «أينقص الرطب إذا يبس، قالوا: نعم»، فنهىٰ عن ذلك[٢] وروي أنه قال: فلا إذاً.

وروي عن زيد بن أبي عياش أنه سأل سعد بن أبي وقاص عن بيع البيضا بالسلت فقال له سعد: أيهما أفضل؟ فقال: البيضا فنهى. وقال: سمعت رسول الله ﷺ سئل عن شري التمر بالرطب وذكر الخبر، قال الشافعي: نظر رسول الله ﷺ إلى المتعقب[٣] في اعتبار المماثلة فلما علم أنه ينقص في تلك الحالة أبطل البيع. وقيل: البيضا نوع من البز أبيض اللون وفيه رخاوة تكون ببلاد مصر، والسلت نوع من غير البز وهو أدق حباً منه، وقيل: البيضا هو الرطب من السلت وهذا القول أليق بمعنى الحديث وعلته: لأنه بين موضع النسيئة من الرطب بالتمر، وإذا كان الرطب منهما جنساً واليابس جنساً آخر [٢٦/أ] لم يصح التشبيه. ذكره الخطابي في «غريب الحديث». وقوله: «أينقص الرطب إذا يبس»؟ لفظه لفظ الاستفهام ومعناه التقرير و التنبيه على علة الحكم لأنه لا يخفى ذلك على رسول الله ﷺ. وروى نافع عن ابن عمر رضي الله عنهما أن النبي ﷺ «نهى عن بيع التمر بالتمر وعن بيع العنب بالزبيب كيلاً وعن الزرع بالحنطة كيلاً»[٤].

فرع

لو باع التمر الحديث بالتمر العتيق قال بعض أصحابنا: يجوز لأن النقصان يسير فيعفى كقليل التراب في الكيل وهذا لا يصح، والتحقيق أنه ينظر فيه فإن كان إذا جفّ تاماً ينقص وزنه ولا تتقلص جثته فلا يظهر في الكيل يجوز لأنه لا اعتبار بالوزن فيه، وإن كان يتقلص جثته ويظهر ذلك في الكيل لا يجوز.

مسألة: قال[٥]: وكذلك لا يجوزُ بيعُ رطبٍ برطبٍ.

---

(١) انظر الأم (٢/ ١٥٠).

(٢) أخرجه مالك (٢/ ٦٣٤)، وأحمد (١/ ١٧٥، ١٧٩)، وأبو داود (٣٣٥٩)، والترمذي (١٢٢٥)، والنسائي (٤٥٤٥، ٤٥٤٦)، وابن ماجه (٢٢٦٤).

(٣) انظر الأم (٢/ ١٥١).

(٤) أخرجه البخاري (٢١٨٥)، ومسلم (١٥٤٢/ ٧٢)، وأبو داود (٣٣٦٣).

(٥) انظر الأم (٢/ ١٥١).

لا يجوز بيع الرطب بالرطب عندنا، وقال مالك وأبو حنيفة وأبو يوسف ومحمد وأحمد والمزني: يجوز ذلك وهذا غلط لأنهما لا يتماثلان حالة الادخار والمماثلة معتبرة [٢٦/ب] في تلك الحالة. فإن قيل: التفاوت يقلّ هاهنا فيجب أن يجوز كما في الحديث بالحديث، قيل: الفرق أن تفاوت الرطبين قد يتفاوت كتفاوت التمر والرطب وربما ينقص عنه قدر الثلث إذا صار تمراً ويفارق الحديث بالحديث لأنهما وإن نقصا فيما بعد فهما في أول حالة الادخار سواء والنقصان الذي يحصل فيما بعد نقصان غير بين.

فرع(١)

لو باع الطلع بالرطب أو التمر فيه ثلاثة أوجه: **أحدها**: يجوز لأنه لم ينعقد بيع القصيل بالحنطة. **والثاني**: لا يجوز لأن نفس الطلع يصير رطباً أو تمراً ونفس القصيل لا يصير حنطة بل ينعقد فيه الحنطة، والثالث: وهو الأصح إن كان من طلع الفحول جاز كالقصيل، لأنه لا يصير رطباً وإن كان من طلع الإناث لم يجز لأنه يصير رطباً.

فرع آخر

لا ربا في البقول على القول القديم وعلى القول الجديد فيها الربا فإن كانا جنسين كالهندبا والنعناع يجوز بيع أحدهما بالآخر نقداً كيف شاء، وإن كانا جنساً واحداً [٢٧/أ] كالهندبا بالهندبا.

قال الشافعي: لا يجوز وقال ابن سريج: فيه قول آخر أنه يجوز لأنه معظم منفعته في حال رطوبته كاللبن باللبن وهذا أبلع لأنه لا يؤول إلى صلاح بحال بخلاف اللَّبَن.

فرع آخر

لو باع ما كان مأكوله مستوراً في الأرض كالجزر والفجل والكراث والبصل والسلجم نظر فإن باع ما ظهر من ورقه مطلقاً لم يجز لأنه يطول فيختلط المبيع بغيره وإن شرط القطع جاز كما قلنا في الثمرة قبل بدو الصلاح. وأما بيع ما في بطن الأرض لا يجوز بحالٍ ولا يشبه بيع خيار الروية لأنه إذا قلع فلم يخبره المشتري كان في رده ضرر على البائع ولا يمكن أن يقول يجوز ولا جاز لأنه لم يرها ولا يجوز أن يجعله سَلَماً لأنه عين ولأنه لا يمكن ضبطه بالصفات ولا يشبه بيع الجوز وإن كان المقصود مستوراً لأن بقاء الجوز في قشره بعد التناهي من مصلحته بخلاف بقاء هذه في الأرض بعد التناهي فإنه ليس من مصلحتها.

مسألة: قال(٢): «وإذا كانَ متبايعا الذهبِ والورقِ بأعيانهما [٢٧أ/ ٦] إذا تفرقا قبل القبض كانا في معنى من لم يبايع دل ذلك على أن كل سلعة باعها فهلكت قبل القبض فمن مال بائعها». إذا ابتاعا صرفاً ذهباً بذهب أو ورقاً بورق أو ذهباً بورق فمن شرطه القبض قبل التفرق، فإن تفرقا قبل أن تقابضا أو قيل: قبض أحدهما بطل بدليل خبر عمر وعبادة رضي اللّه عنهما، ولو اختلفا بعد الافتراق فقال أحدهما: تفارقنا من غير قبض وقال

---

(١) انظر الحاوي للماوردي (٥/ ١٣٥).

(٢) انظر الأم (٢/ ١٥١).

الآخر: تفارقنا مع القبض فالقول قول من يدعي الفسخ أيضاً. وأما إذا تبايعا غير الصرف كالثياب والعبيد والسلع فليس من شرطه القبض قبل التفرق ولكن متى تلف المبيع قبل القبض بطل البيع وسقط الثمن عن المشتري سواء طالب البائع بالإقباض فامتنع أو عرض البائع الإقباض فامتنع المشتري أو تلف من غير مطالبة واحد منهما وبه قال الشعبي وربيعة وأبو حنيفة، وقال مالك: عقد البيع يستتر بالعقد ولا يلحقه الفسخ بهلاك المبيع فإن طولب البائع بالإقباض فأبى أتم وصار عاصياً يلزمه قيمته، وإن لم يطالب فلا شيء عليه وله [٢٨/أ] الثمن وإن طالبه بذلك فقال: لا أسلم حتى أقبض الثمن يصير المبيع كالمرهون في يد المرتهن. وعند مالك: إذا تلف الرهن في يد المرتهن إن كان بآفة ظاهرةٍ فهو من ضمان الراهن وإن كان بأمر باطن فهو من ضمان المرتهن.

وذكر القفال عن مالك أن هذا إذا اشترى جزافاً فإن اشترى مكايلة أو موازنة لا يدخل في ضمانه حتى يقبضه بالكيل أو بالوزن. وقال أحمد وإسحاق مثل قوله إنه إذا تلف من غير تعدي البائع كان من ضمان المشتري، وقال النخعي: إن كان البائع بذلها للمشتري فامتنع من قبضها لم يبطل البيع بتلفها وكانت مضمونة على المشتري بالثمن، وإن لم يكن كذلك بطل البيع، وقال ابن سيرين: يعجبني هذا القول ومال إليه، وقال أبو ثور: يدخل في ضمان المشتري بنفس العقد حتى لو دخله عيب لا يرد به المشتري ولو تلف لا يسقط الثمن ويد البائع فيه يد وديعة، وقال بعض العلماء: يد البائع فيه يد ضمان بالقيمة لا بالثمن فيغرم القيمة ويدفع إليه المشتري الثمن وهذا كله غلط.

واحتج الشافعي عليهم بالصرف [٢٨/ب] فقال: لأنه بيع تعذر فيه القبض فيبطل كعقد الصرف إذا تفرقا عنه قبل التقابض بطل غير أن التعذر في الصرف من طريق الشرع لا من طريق المشاهدة وهاهنا من طريق المشاهدة والمشاهدة أقوى إذا ثبت بطلان العقد ثبت كونه من ضمان البائع.

واحتج مالك بقوله ﷺ: «الخراج بالضمان»(١)، والخراج الغلة وهي للمشتري فكان الضمان عليه قلنا: لا حجة فيه لأنه لم يقل الضمان بالخراج، بل قال: الخراج بالضمان، ثم ورد في الرد بالعيب.

تبقى الغلة للمشتري بعد رده بالعيب فإذا تقرر هذا لو باع عبداً بثوب وقبض الثوب ولم يسلم العبد فباع الثوب من غيره ثم تلف في يده العبد فقد انفسخ البيع في العبد والثوب قد تصرف فيه في وقت جاز له التصرف ويجب عليه أن يدفع إلى صاحبه قيمة الثوب كما إذا كان الثوب قد تلف في يده كان عليه قيمته وعلى هذا إذا باع عبداً بشقص وقبض الشقص أخذ الشفيع الشقص بالشفعة بقيمة العبد فإذا أخذه الشفيع ثم تلف العبد [٢٩/أ] في يده قبل التسليم يبطل البيع في العبد ولا يبطل في الشقص ويجب عليه دفع قيمة الشقص إلى صاحبه ولو باع عبداً بثوب وقبض الثوب وباعه من

---

(١) أخرجه أحمد (٦/ ٤٩، ٢٣٧)، وابن ماجه (٢٢٤٣)، وابن حبان (١١٢٦)، والحاكم (٢/ ١٥٠)، والبيهقي في «الكبرى» (١٠٧٣٨)، وفي «معرفة السنن» (٣٤٧٨).

آخر ولم يسلمه إليه فتلف العبد والثوب في يده بطل البيع الأول في العبد دون الثوب وعليه قيمته لصاحبه الذي اشتراه منه وبطل البيع الثاني في الثوب وعليه رد الثمن إن كان قبضه فإن لم يكن قبضه فلا شيء عليه ولا على المشتري منه.

مسألة[1]: قال: «وإذا اشترى بالدنانيرِ دراهمَ بأعيانها فليسَ لواحدٍ منهما أن يعطي غيرَ ما دفعَ عليه البيع».

إذا تصارفا ذهباً بذهب أو ورقاً بورق أو ذهباً بورق لم يخلُ من أحد أمرين إما: أن يكون في الذمة أو معيناً فإن كان في الذمة وذلك على وجهين، أحدهما: أن يتصارفا ويصف النوع الذي يتصارفان عليه مثل أن يقول: بعتك درهماً فتحيّاً بدرهم راضي أو ديناراً قاسانياً بدينار نيسابوري ونحو ذلك فهذا الصرف يصح ويقع على النوع الذي ذكرناه. والثاني: أن يتصارفا [٢٩/ب] في الذمة وأطلقا العقد فإن كان للبلد عرف نقدٍ انصرف الإطلاق إليه حتى يصير كأنهما ذكراه في العقد ولا يدخل هذا في نهيه ﷺ عن بيع الكالىء بالكالىء[2] لأن تعيينهما وقبضهما في المجلس كالتعيين في العقد.

وحكى الإمام أبو عاصم العبادي أنه بمنزلة الأعيان الغائبة فإن لم يجوز بيع الغائب لا يجوز هذا لأن الشرع حرم بيع الدين بالدين فلو لم يقدر العوض عينا غائبةً لما كان إلى تصحيح العقد سبيل وهذا ضعيف لما ذكرنا، وإن كان في البلد نقود مختلفة بطل العقد ولا بد في هذا الصرف من التقابض قبل التفرق فإن تفرقا قبل القبض بطل وإن تصارفا في العين مثل إن قال: بعتك هذه الدراهم بهذه الدنانير أو هذه الدنانير بهذه الدنانير تعينت بالعقد وفائدته شيئان: **أحدهما**: أنه لو أراد أن يعطيه بدلها لم يكن له. **والثاني**: أنها لو تلفت قبل القبض بطل العقد. وبه قال مالك، وقال أبو حنيفة: لا تتعين الدراهم والدنانير بالتعيين وله [٣٠/أ] أن يعطي بدلها ولا يبطل العقد بتلفها أصلاً وهذا غلط لأنه عوض مشار إليه في العقد فوجب أن يعين كالحنطة.

فرع

لو تراضيا على الاستبدال عنها قبل التفرق فإن كانت معينة لا يجوز وعند أبي حنيفة يجوز وإن كانت في الذمة فهل يجوز الاستبدال عنها؟ قولان: **أحدهما**: يجوز فيأخذ مكان الدراهم دنانير أو سلعة كما يستبدل عما ثبت في الذمة فرضاً أو بدل متلف وهذا أقرب إلى الاختيار وهو المشهور وذلك ما روي عن ابن عمر رضي الله عنه أنه قال: يا رسول الله إنا نبيع الإبل بالبقيع بالدراهم فيأخذ مكانها دنانير والدنانير فيأخذ مكانها دراهم، فقال النبي ﷺ: «لا بأس إذا تفرقتما وليس بينكما لبس»[3]. وروي: «لا بأس

---

(١) انظر الأم (٢/ ١٥١).

(٢) أخرجه الدارقطني في «سننه» (٣/ ٧١، ٧٢)، والطحاوي في «شرح معاني الآثار» (٣/ ٢١)، والحاكم (٢/ ٥٧).

(٣) أخرجه أحمد (٢/ ٨٣، ١٥٤)، وأبو داود (٣٣٥٤، ٣٣٥٥)، والترمذي (١٢٤٢)، والنسائي (٤٥٨٢)، وابن ماجه (٢٢٦٢)، وابن حبان (٤٨٩٩)، والحاكم (٢/ ٤٤).

أن يأخذها بسعر يومها ما لم يفترقا وبينكما شيء»، وقال أبو سلمة بن عبد الرحمن وابن شبرمة: لا يجوز اقتضاء الدراهم من الدنانير أصلاً، وقال ابن أبي ليلى: يكره إلا بسعر يومه لهذه الزيادة في الخبر وقال أبو سليمان الخطابي: والصواب هذا القول.
والثاني: [٣٠/ب] لا يجوز الاستبدال عنها نص عليه في «الجامع الكبير» وهو الأقيس لأنه مملول بعقد معاوضةٍ فلا يستبدل عنه قبل القبض كالمبيع والمسلم فيه.

فرع آخر

لو عين مكيالاً أو ميزاناً نص الشافعي في السلم أنه يبطل السلم وأما في البيع اختلف أصحابنا فيه على ثلاثة أوجهٍ:

أحدها: يبطل البيع به لتضمنه حجراً.

والثاني: يتعين في العقد ويصح.

والثالث: يصح العقد ولا يتعين ذلك وهذا أظهر لأنه لا غرض في تعيينه. وفي عين الدراهم إعراض منها، أن يعلم أنه من وجهٍ حلال لكونه ميراثاً أو غنيمة، **والثاني**: أن يتقدم بها على سائر الغرماء، **والثالث**: أن يصير المشتري محجوراً عن التصرف فيها كالبائع في السلعة المبيعة. وقيل: **فيه وجه رابع**: إن كان كيلاً معلوماً للعامة لا يتعين لأنه لا فائدة وإن لم يكن معروفاً كالطاس والقعب فإن كان الحق حالاً يجوز لأنه يقدر على تسليمه في الوقت وإن كان مؤجلاً لا يجوز لأنه ربما يتلف الكيل الذي عينه وهكذا لو عين كيالاً أو وزاناً [٣١/أ].

فرع آخر

لو باع صاعاً من حنطةٍ بصاع من حنطةٍ موصوفة ثم أحضرا في المجلس وتقابضا يجوز كالنقد وفيه وجه آخر لا يجوز حتى يكون أحدهما معيناً ولا يصح الفرق بينه وبين النقد.

مسألة: قال[1]: «فإن وجدَ بالدنانيرِ أو الدراهمِ عيباً».

الفصل

الكلام الآن في الإبدال إذا وجد العيب فيها فإن تصارفا جنساً واحداً ذهباً بذهب أو جنسين ذهباً بورق فظهر فيها عيب هل له الرد والإبدال؟ ينظر فيه فإن كانت عيناً بعين لا يخلو إما أن يكون العيب من جنسه أو من غير جنسه فإن كان من غير جنسه مثل إن بانت رصاصاً أو نحاساً لا يخلو أما أن يكون في البعض أو في الكل فإن كان في الكل فالبيع باطل نص عليه في الصرف لأنه باعه غير ما سمى، قال أصحابنا كما لو قال: بعتك هذا الحمار فكان فرساً أو بعتك هذا الثوب القطني فكان كتاناً يبطل البيع كذلك هاهنا.

وقال في «الإفصاح»: فيه وجه أنه يصح البيع ويخير المشتري لأن البيع وقع على عينه وهذا ضعيف. [٣١/ ب] وإن كان هذا العيب في النقص بطل البيع في ذلك النقص وهل يبطل في الباقي؟ قولان بناء على تفريق الصفقة ومن أصحابنا من قال: هذا إذا كان الصرف بغير

---

(١) انظر الأم (٢/ ١٥٣).

جنسه فإن كان دراهم بدراهم فوجد هذا العيب في بعضها فالمذهب أن البيع باطل قولاً واحداً لأنه يؤدي إلى التفاضل وهذا صحيح وإن كان العيب من جنسه مثل أن يكون فضة رديئة أو ذهباً رديئاً بأن يكون خشناً تتشقق عند الطبع أو كانت رديئة الضرب من حيث الصنعة فالبيع صحيح لأن الجنس واحد ويكون بالخيار بين أن يمسك أو يرد ويفسخ البيع فإن أراد الرد والاستبدال فليس له ذلك سواء كان قبل التفرق أو بعده كما لو كان المبيع ثوباً أو حيواناً بعينه فأصاب به عيباً ليس له البدل لأنه لو أبدل أخذ غير ما وقع عليه العقد.

وقال صاحب «التقريب»: يجوز الاستبدال عنها قبل التفرق ولا يجوز بعده لأن حكم المتعاقدين ما داما في المكان الذي تعاقدا فيه كحكمها حال العقد بدليل أن الزيادة في الثمن والنقصان عنه [٣٢/ أ] وكذلك في الأجل يجوز في المجلس حتى قال: على هذا لو تعاقدا بثمن مجهول فلم يتفرقا حتى صيراه معلوماً صح العقد وهذا غلط؛ لأن الشافعي نص في المختصر: أنه لا يجوز الاستبدال ولم يفرق بين أن يكون قبل التفرق أو بعده بل ظاهر كلامه يدل على أن صورة المسألة قبل التفرق حيث عقب هذه المسألة بمسألة ثانيةٍ وهي: إذا كانت في الذمة لا يجوز إعلام الثمن في المجلس إذا وقع مجهولاً بحالٍ لأن العقد وقع فاسد بشرط فإسقاط الشرط لا يبطله، وأما الزيادة في الثمن ونقصانه هل يجوز في المجلس؟ قولان.

وإن سلمنا فلأن العقد وقع في الأصل صحيحاً فاحتمل الإلحاقات قبل استقرار العقد بخلاف مسألتنا لأنه وقع فاسداً، وإن كان هذا العيب بالبعض فله رد الكل والرجوع لما دفع إليه وله إمساك الكل ولا شيء له غيره وهل له أن يزد البعض المعيب ويمسك الصحيح؟ قولان. بناء على تفريق الصفقة فإن قلنا: لا يفرق فلا كلام، وإن قلنا: يفرق فله الرد بالعيب فإذا رد فبكم يمسك [٣٢/ ب] الصحيح؟ فإن كان جنساً واحداً أمسكه بحصته من الثمن قولاً واحداً ولا يجوز أن يمسكه بكل الثمن لأنه ربا وذلك لأنه ممسك ديناراً بدينارين وهذا لا يجوز، وإن كان الصرف جنسين فكذلك يأخذه بحصته من الثمن لأنه إذا أمكنه أن يأخذ الكل بكل الثمن فكيف يجوز أن يأخذ البعض بكل الثمن؟ لأنه يكون سفهاً ويكون رد هذا المعيب بغير فائدة ويفارق إذا باع عبدين فخرج أحدهما حراً، حيث قلنا: يمسك العبد بجميع الثمن على أحد القولين، لأن هناك لا يمكنه إمساك الحر معه بالثمن فدعت الحاجة إلى إمساك العبد وحده.

وقال بعض أصحابنا: بكم يمسك الصحيح؟ هاهنا قولان أيضاً. ويفارق إذا كان الجنس واحداً لأن التفاضل فيه لا يجوز ولكن يقال له: إذا رددت البعض وأمسكت الباقي بكل الثمن لا فائدة لك ويكون سفهاً وهذا صحيح عندي، وإن كان البيع في الذمة فأصاب أحدهما عما قبضه عيناً لا يخلو إما أن يكون قبل التفرق فله الرد والبدل سواء كان المعيب من جنسه أو [٣٣/ أ] من غير جنسه، لأنه إن كان من غير جنسه مثل أن أقبضه نحاساً فقد أعطاه غير ما وقع عليه العقد والعقد بحاله لأنهما ما تفرقا فله مطالبته بما ملك عليه بعقد الصرف كالمسلم إليه إذا أتى بغير ما أسلم إليه رد إليه وطالب بما تناوله العقد، وإن كان في البعض صح القبض في الصحيح ورد ما ليس من جنسه وطالب بما يتناوله العقد، وإن كان العيب من جنسه كان له البدل، لأنه إذا كان له البدل إذا كان العيب من غير جنسه فبأن يكون له البدل إذا كان من

جنسه أولى ولكنه إن شاء رضي به، وإن كان العيب في البعض فقد صح القبض في الصحيح وفي الباقي وهو مخيّر بين الرضا وبين رده وأخذ البدل، وإن كان ذلك بعد التفرق ينظر فإن كان العيب من غير جنسه بطل العقد لأنهما تفرقا قبل قبض شيء من المعقود عليه، وإن كان العيب من جنسه لم يخل من أحد أمرين، إما أن يكون العيب بكله أو ببعضه فإن كان بكله فهو بالخيار بين أن [٣٣/ ب] يمسك أو يرد، فإن أمسك فلا كلام، وإن رد أو فسخ العقد فلا كلام.

وإن أراد الرد وأخذ البدل غير معيب فيه قولان على ما ذكرنا، **أحدهما**: ليس له وهو اختيار المزني وهو الصحيح، لأنه إذا رده لا يأخذ بدل ما رده بل يأخذ الأصل الذي وقع عليه العقد وقد فارقه قبل قبض ذلك فيبطل الصرف ولأن الصرف يتعين بالعقد تارة وبالقبض أخرى، ثم ثبت أنه لو تعين بالعقد لم يكن البدل فكذلك إذا تعين بالقبض. واحتج المزني على هذا بأن الصرف في المعين وفي الموصوف سواء في اشتراط القبض قبل التفرق فوجب أن يكونا سواء في تحريم الاستبدال، **والثاني**: له ذلك وهو اختيار أبي حامدٍ وبه قال أبو يوسف ومحمد لأن كل معيبٍ يجوز إبداله قبل التفرق فجاز إبداله بعد التفرق كالمسلم إليه إذا دفع إلى المسلَّم المسُلَّم فيه معيباً له أن يستبدله.

ومن غير هذا أجاب عما ذكره القائل الأول فقال: أما الأول فلا يصح، لأن [٣٤/ أ] الذي قبضه وإن كان معيناً فهو قبض صحيح والمقبوض هو الذي وقع عليه العقد لأنه لو كان غيره أبطل العقد لأنه وجد التفرق قبل القبض ولما جاز له إمساكه والرضا به كما لو كان العيب والرد قطع للعقد من حين الرد لأنه رفع للعقد من أصله ولا فصل بين قبض المعيب وغيره إلا من جهة أن **أحدهما**: قبض لازم. والآخر: قبض جائز ولا يمنع ذلك صحة القبض فيهما، **أما الثاني**: باطل بما لو كان قبل التفرق تعين بالقبض وله الإبدال وأيضاً إذا تعين بالعقد فأخذ البدل أخذ غير ما اشتراه بخلاف مسألتنا، **وأما الثالث**: باطل لأنه لا يمتنع الفرق بين المعين والموصوف كما في جواز الاستبدال قبل التفرق، فإذا قلنا: بالأول قلنا: له الخيار بين الإمساك والرد فقط، وإذا قلنا: بالثاني فالخيار بين ثلاثة أشياء بين الإمساك وبين الرد والفسخ وبين الرد والاستبدال. وإن كان العيب بالبعض فإن كان من غير جنسه فالبيع يبطل في هذا [٣٤/ ب] البعض لأن القبض لم يوجد فيه في المجلس وهل يبطل في الباقي الذي قبضه فيه طريقان:

أحدهما: يصح قولاً واحداً كما لو عقد على عبدين فمات أحدهما قبل القبض لا يبطل البيع في الباقي قولاً واحداً على الصحيح من المذهب لأنه فساد بعد العقد. **والطريقة الثانية**: هل يبطل في الباقي بناء على تفريق الصفقة؟ وهذا اختيار القفال وليس لمسألة العبدين لأن عدم القبض في الصرف فساد في نفس العقد إذ تمام الصرف بالقبض يصير على الباقي قولان. وإن كان العيب من جنسه فيه ثلاثة أقاويل، **أحدها**: لا تبدل ولكنه بالخيار إن شاء فسخ البيع في الكل، وإن شاء أجازه. **والثاني**: بالخيار إن شاء فسخ البيع في المعيب وأمسك السليم، وإن شاء رد الكل وفسخ البيع في الكل وهذا إذا بعضنا الصفقة. والثالث: أنه يبدل المعيب. وقال القفال: هذان القولان في الاستبدال مبنيان على أنه إذا اشترى شيئاً وأراد أن يرده بالعيب هل يكون رده إبطالاً

للقبض من [٣٥/أ] حتى يصير كأنه لم يقبضه ولم يكن مالكاً له ويكون مالكاً له من قبل ويكون رده نقصاناً للقبض فيه قولان.

وعلى هذا لو أسلم إلى رجل في جارية ثم قبضها ثم وجد بها عيباً وردها إليه هل يلزم البائع الاستبراء؟ وجهان: **أحدهما**: يلزم رده نقض للقبض الآن. **والثاني**: لا يلزم إذا قلنا رده إبطال للقبض من أصله وهذا غريب بعيد في المذهب. فإذا تقرر هذا قال المزني: وقد قال الشافعي: يرد الدراهم بحصتها من الدينار. ومراده بهذه الحكاية أن الشافعي علق القول في تبعيض الصفقة هاهنا ولم يعلق القول في موضع آخر والمزني يستأنس بمثل هذا في ترجيح أحد القولين على الثاني.

فرع

لو اشترى عشرة دنانير بمائة درهم وتقابضا البعض وافترقا فإن الصرف باطل في غير المقبوض ولا يبطل في المقبوض ولكنه بالخيار إن شاء رضي المقبوض بحصته من الثمن وإن شاء رده وفسخ البيع لأنه لم يسلم له جميع ما وقعت عليه الصفقة ولا يجيء أن يقال ينفسخ العقد في الكل ولا يفرق [٣٥/ب] الصفقة، لأن الصفقة وقعت بثمنٍ معلوم ولفظ مباح وتعليل الشافعي في إبطال جميع الصفقة على أحد القولين أحد السببين، إما لأن العقد جمع مباحاً ومحظوراً، وإما لجهالة الثمن إذا فسدت الصفقة في بعضها، وهاهنا لم يوجد واحد منهما فلم يجز أن يحكم بفساد العقد في الكل. وقال ابن القاص: في هذه المسألة وفي رأس مال السلم إذا تفرقا وقد بقي البعض ولم يقبضه هل يبطل العقد في الكل؟ قولان بناء على القولين في تفريق الصفقة وهذا اختيار القفال وهذا قاله برضاه المحصلون من أصحابنا ولا يقتضيه مذهب الشافعي.

فرع آخر

قال ابن القاص: لو باع عبدين فتلف أحدهما في يد البائع قبل التسليم يبطل البيع في التالف ولا يبطل في الباقي قولاً واحداً، ورأس مال السلم مثله. ومن أصحابنا من قال: خرّج أبو إسحاق فيه قولاً آخر: إنه إذا مات أحدهما يبطل العقد، وهذا غلط على أبي إسحاق لأنه ذكر في الشرح بخلافه ولعله محكي عن غيره وليس بشيء [٣٦/أ].

مسألة: قال(١): «ولو راطلَ مائةَ دينارٍ عتق مروانية ومائةَ دينارٍ من ضرب مكروه بمائتي دينارٍ من ضربِ وسطٍ».

الفصل

وقد مضت هذه المسألة في مسألة مد عجوة ودرهم بمدي عجوة، وقوله: راطل أي وازن والرطل يكون كيلاً ويكون وزناً. والأصل في هذا ما روي عن فضالة بن عبيد أتى النبي ﷺ عام خيبر بقلادة فيها ذهب وخرز، وروي فيها خرز معلقة بذهب ابتاعها رجل بتسعة دنانير والسبعة دنانير فقال: لا حتى تميز بينه وبينه. فقال: إنما أردت الحجارة

---

(١) انظر الأم (٢/ ١٥٤).

وروي التجارة، فقال النبي ﷺ: «لا حتى يميز بينهما»[١] فرده حتى ميز بينهما هكذا في «سنن أبي داود». وذكر أبو عيسى الترمذي عن فضالة بن عبيد أنه قال: اشتريت يوم خيبر قلادة فيها ذهب وخرز باثني عشر ديناراً ففصلتها فوجدت فيها أكثر من اثني عشر ديناراً، فذكرت ذلك للنبي ﷺ فقال: «لا تباع حتى تفصَّل»[٢] قلت: لعلهما خبران وهو الظاهر. وقال أبو حنيفة في هذه الصورة: [٣٦/ب] فإن كان الذهب الذي هو الثمن أكثر مما فيه من الذهب جاز، وإن كان أقل منه أو مثله لم يجز. وذهب مالك إلى نحو هذا إلا أنه يحد الكثرة بالثلثين والقلة بالثلث. وقال أحمد: يجوز وإن كان الثمن أقل. وهذا قول ظاهر الفساد لما فيه من صريح الربا، ولا يصح ما قال أبو حنيفة: إنه إذا كان الذهب الخارج أكثر يكون الذهب بالذهب سواء والزيادة بإزاء الحجارة، لأنه قال في الخبر: إنما أردت الحجارة ومع ذلك منع وقال: لا حتى يميز بينهما.

مسألة: قال[٣]: «ولا بأسَ أن يشتري الدراهمَ من الصرافِ ويبيعها منه إذا قبضها».

الفصل

إذا كان معه عشرون درهماً صحاحاً فأراد بها ثلاثين درهماً مكسرةً فالوجه أن يشتري بها من الصراف ديناراً أو يتقابضا ثم يبيع الدينار منه بثلاثين مكسرةً ولو جعل هذا عادته وتجارته جاز، وقال مالك: إنما يجوز ذلك مرة واحدة ولا يجوز أن يجعله عادة لأنه يضارع الربا، وهذا غلط لما روي أن النبي ﷺ [٣٧/أ] استعمل على خيبر سواد بن غزية فجاءه بتمر حبيب فقال له: أكل تمر خيبر هكذا قال: لا، ولكنا بعنا صاعين من جمع بصاع من هذا وأراد بالجمع الدقل وهو جنس رديء فقال: أَوّه هذا عين الربا لا تفعلوا هكذا ولكن بيعوا الجمع بالدراهم واشتروا بالدراهم الحبيب[٤] والحبيب: الوسط من التمر هكذا قال الأصمعي في تفسير الجمع والحبيب وقيل: الجمع التمر الذي يجمع أنواع التمر، والحبيب الطيب، ويقال: إن أبا حنيفة افتتح كتاب «الحيل» بهذا الخبر. وإذا تقرر هذا لو قصد بهذا العقد أن يأخذ أكثر مما أعطى أو أقل مما أعطى جاز، ولا اعتبار بالقصد إلى الربا إذا لم يباشر ولكنه يكره ثم فيه ثلاث مسائل، **إحداها:** أن يتقابضا ويتفرقا أو يتخايرا ثم تعاقدا بعد ذلك فيصح قولاً واحداً، **الثانية:** أن يتخايرا قبل أن يتقابضا بطل الصرف لأنه كالتفرق وقد ذكرنا ما قيل فيه، **والثالثة:** أن يتبايعا ثم يتقابضا ثم يتبايعا ثانياً قبل التفرق والتخاير. فظاهر المذهب أن العقد

---

(١) أخرجه أبو داود (٣٣٥١)، والدارقطني (٣/ ٣)، وابن أبي شيبة (٦/ ٥٥ ـ ١٤/ ٢٥٨)، والطحاوي في «شرح معاني الآثار» (٤/ ٧٢).

(٢) أخرجه مسلم (١٥٩١/ ٩٠)، وأبو داود (٣٣٥٢)، والترمذي (١٢٢٥، ١٢٥٥)، والنسائي (٤٥٧٣)، وأحمد (٦/ ٢١).

(٣) انظر الأم (٢/ ١٥٤ ـ ١٥٥).

(٤) أخرجه البخاري (٢٢٠١، ٢٣٠٢، ٤٢٤٤، ٤٢٤٦، ٧٣٥٠)، ومسلم (١٥٩٢/ ٩٣)، والنسائي (٤٥٥٣).

جائز لأن الشافعي قال[1]: ولا بأس [٣٧/ب] أن يشتري الدراهم من الصراف ثم يبيعها منه فأطلق. وبه قال ابن سريج، لأنه إن كان الخيار قائماً فإن شروعهما في العقد الثاني يقطع خيارهما معاً ألا ترى أنهما لو شرعا فيه فلم يكملاه لزم العقد الأول وانقطع الخيار كالتخاير بعد القبض شرعاً.

فإن قيل: أليس لو باع أحديهما ما قبضه من رجلٍ آخر قبل التفرق والتخاير لم يجز؟ قلنا: الفرق أنه إذا باعه من غير بائعه فقد تصرف فيما لغيره فيه خيار ثابت ويملك رفعه عنه وهاهنا هما تعاقدا معاً ثانياً فكأن شروعهما فيه رضاً بإمضاء الأول واستئنافاً للثاني وصح ذلك وعلى هذا لو اشترى شيئاً على أنهما بالخيار وقبضه ثم باعه من غير البائع لم يجز، وإن باعه من البائع جاز ويكون ذلك قطعاً للخيار. وقال القفال في كتاب التهذيب: لا ينعقد هذا البيع إلا على القول الذي يقول: «الخيار لا يمنع انتقال الملك»، لا يصح؛ لأنه لو باع غير ملكه إلا أن ذلك يكون قطعاً للخيار فيستأنفان العقد وعلى هذا قال: إذا اشترى جارية [٣٨/أ] فزوجها من البائع قبل التفرق فإن قلنا: يملك المشتري بالعقد جاز، وإن قلنا لا يملك لا يجوز ويسقط خياره وعلى القول الأول وهو الأصح يجوز.

وقال في «الحاوي»[2]: الأصح أنه لا يجوز البيع الثاني أصلاً لأن العقد الأول لم يستقر لا بالافتراق ولا بالتخاير والفرق بين التخاير والبيع أنهما إذا اختارا الإمضاء فقد رضي كل واحدٍ منهما بإقرار مِلْك صاحبه على ما انتقل إليه فاستقر به المِلْك. وإذا اتفقا على البيع الثاني فكل واحد منهما لم يرض باستقرار ملك صاحبه على ما انتقل إليه فلم يستقر بذلك المِلْك فصار حكم التخاير والبيع مختلفاً فلم يجز أن يكون في لزوم العقد متفقاً ولو جعلا مكان الدنانير ثوباً أو شيئاً آخر حتى لا يحتاج إلى التقابض في المجلس بل يكفي قبض الثوب في المجلس أو بعد المجلس ليصح بذلك القبض البيع الثاني فالأمر أوسع.

فرع

لو كان معه عشرة دراهم صحاح ومع آخر أحد عشر درهماً مكسرةً فلا يجوز بيع العشرة بالأحد عشر، والحيلة في ذلك أن يقرض كل واحدٍ منهما صاحبه الذي معه ثم يبرئه عما حصل [٣٨/ب] له عليه أو يستبرئ منه الصحاح بعشرة مكسرة ثم يهب له ذلك الدراهم الباقي أو يهب كل واحدٍ ما في يده لصاحبه من غير شرط ويكره أن يدخلا في البيع على ذلك.

فرع آخر

لو كان معه عشرة دراهم وليس معه سواها ومع آخر دينار قيمته عشرون درهماً فأراد أن يعقدا فيهما صرفاً ويتفرقا بعد القبض من غير غبن، قال أبو إسحاق: يصح هذا من وجه واحدٍ وهو أن يشتري صاحب العشرة نصف الدينار مشاعاً بالعشرة ثم يقبضه العشرة ويقبض الدينار منه نصفه وديعة ونصفه مبيعاً، ثم يستقرض منه العشرة فيشتري

(١) انظر الأم (٢/ ١٥٥). (٢) انظر الحاوي للماوردي (٥/ ١٤٦).

بها النصف الباقي من الدينار ويقبضها منه ويملك هذه العشرة التي اقترضها بالتصرف فيها وهو يشتري ما بقي من الدينار بها. ومن أصحابنا من قال: يصح من وجه آخر أيضاً، وهو أن يشتري منه الدينار كله بعشرين في الذمة ويقبضه منه ثم يدفع إليه العشرة من ثمنه فتبرأ ذمته من نصف ثمن الدينار ثم يستقرضها من البائع فإذا قبضها فرضاً قضى بها ما بقي من ثمن الدينار فيصير [٣٨ب/٦] الدينار كله له وقد أقبض جميع ثمنه وبقي عليه لبائع الدينار عشرة دراهم قرضاً، وقال أبو إسحاق: هذا لا يصح لأن البائع تصرف فيما قبضه من الثمن في مدة الخيار وفيه رد القرض قبل التصرف فيه ولا يملك القرض بالقبض حتى يقع التصرف فيه بعد القبض والصحيح هذا الوجه الثاني، لأن هذا التصرف وإن كان في مدة الخيار فهو من المتعاقدين فكان شروعهما فيه قطعاً للخيار كما قلنا في المسألة المتقدمة. وقوله: إن فيه رد القرض قبل التصرف فيكون فسخاً للقرض ليس كذلك لأنه يقضي به ما بقي في ذمته من ثمن الدينار ولا فرق بين أن يشتري مما اقترضه ما بقي من ثمنه وهذا اختيار القاضي الطبري، وعلى هذا لو باع درهماً في الذمة بدرهم في الذمة ثم سلم أحدهما ثم اقترض الآخر وردها عليه هل يجوز؟ فيه وجهان مبنيان على أن القرض متى يملك؟ وعند أبي إسحاق: يبطل هذا الصرف هاهنا لأنه قبض قبل أن يستقر ملكه عليها لأنه لا يملكها إلا بالتصرف.

فرع آخر

لو كان له قبل رجلٍ مائة مثقال ذهباً [٣٩/ب] فأعطاه مائة دينارٍ عدداً فكان وزنها مائة دينار ودينار، كانت المائة بالمائة التي عليه وبقي في يد القابض المائة والدينار دينار مشاع مضمون، لأنه قبضه على أنه عوض فكان مضموناً وللذي أقبضه ذلك أن يهبه أو يأخذ به سلعة منه أو فضة، فإن أخذ سلعة جاز التفرق قبل القبض لأنه صرف، وإن اختار أن يقره في يده سلما في موصوف اتفقا عليه جاز.

فرع آخر

لو اشترى ديناراً بعشرين درهماً في ذمته وكان معه من ثمنه سبعة عشر درهماً فقبضها بائع الدينار وبقي من الثمن درهم لم يجز التفرق قبل قبضه، فالوجه فسخ العقد ويشتري من الدينار بقدر ما معه من الدراهم وهو تسعة عشر سهماً من الدينار فإذا قبضه المشتري قبض هذه عن بيع وسلم الباقي أمانة في يده، ويفارق المسألة الأولى حيث يقبض هناك الدينار الفاضل مضموناً وذلك أنه قبضه على أنه بدل في معاوضة وهاهنا قبضه أمانة لا على سبيل البدل فإذا ثبت هذا فللبائع أن [٤٠/أ] يصنع به ما شاء كأنه وديعة مفردة، إن أحب أن يهبه من المشتري فعل، وإن أحب أن يأخذ منه عوضاً فعل كما قلنا في ذلك الدينار الفاضل. وقد قال الشافعي هاهنا: إذا اشترى بفضل الدينار ما شاء تقابضا قبل أن يتفرقا. وقال الربيع عقيب هذه المسألة: لا بأس وإن لم يتقابضا أيضاً وهكذا قاله في «البويطي»، وإن تفرقا قبل التفاسخ بطل الصرف بقدر ما قابل الدرهم وهل يبطل في الباقي قد ذكرنا.

فرع آخر

لو باع درهماً بدرهم فرجح أحدهما فلا بأس أن ينزل صاحب الفضل منهما فضله لصاحبه ولو اشترى ثوباً بدينار فوزنَ المشتري الدينار فرجح في الميزان فأعطاه بائع الثوب بما فضل ذهباً وهما لا يعلمان قدر الزيادة جاز لأنه يعتبر فيه التماثل وإن جهل القدر.

فرع آخر

لو اشترى ديناراً بعشرين درهماً فوكل من يقبضه من البائع وانصرف المشتري من المجلس قبل قبضه بنفسه بطل الصرف، نص عليه الشافعي، لأن الوكيل في الإقباض ليس يقبض ومن شرط الصرف [٤٠/ ب] أن يتقابض المتصارفان قبل التفرق ولو أقبضه الوكيل قبل مفارقة الموكل المجلس جاز ذلك لأنه ما فارقه قبل القبض فإن يد وكيله كيده.

فرع آخر

لو أحال في مجلس الصرف بما عليه فإن لم يقبض حتى افترقا لا يجوز وإن قبض من المحال عليه قبل التفرق فيه وجهان بناء على أن الحوالة كالبيع أو هي عقد معونة وإرفاق فإن قلنا: بيع لا يجوز وإن قلنا بالوجه الآخر يجوز.

فرع آخر

لو اشترى رجلٌ من صيرفي ديناراً بعشرة دراهم وقبض الدينار وللمشتري على الصيرفي عشرة، فقال: افعل هذه العشرة التي عليك بدلاً من الثمن لم يجز بحالٍ. وقال أبو حنيفة: إن حصلت العشرة عليه قبل الصرف لم يجز وإن حصلت بعده جاز، وهذا غلط؛ لأنه صَرْف عُدمَ فيه القبض فلا يجوز ولأنه يصير بيع دين بدين وذلك لا يجوز بالإجماع.

فرع آخر

لو أن الصيرفي أبرأ المشتري كانت البراءة باطلة لأنه أبرأ عما لم يستقر ملكه [٤١/ أ] يجوز البيع وهو الأظهر؛ لأنها صفة يمتاز بها الموصوف عن غيره، والثاني: لا يجوز لأنها صفة غير الموصوف يجوز انتقالها عنه ذكره في «الحاوي»(١).

فرع آخر

لو باع ثوباً بدينار إلا درهماً لم يصح لأن الثمن مجهول لأنه لا يعلم كم حصته من الدينار ولم يبق منها ثمناً ويخالف الإقرار لأن الإقرار يصح المجهول. وقال في «الحاوي»(٢): إن جهلا أو أحدهما قيمة الدينار في الحال بطل، وإن علما قيمة الدينار فيه وجهان: **أحدهما**: لا يجوز لأن الاستثناء من غير جنس الثمن لا يجوز. **والثاني**: يجوز لأنهما إذا علما أن قيمة الدينار عشرة دراهم وقد باعه بدينارٍ إلا درهماً صار كأنه قال: بعتك بدينار إلا عُشْر دينارٍ والأول أصح لأنه لم يستثنِ قيمة درهم وإنما استثنى درهماً فلا يلزم المشتري دفع الدينار كله لموضع الاستثناء ولا يلزم البائع دفع الدرهم لأنه ليس بمشترى فيتعذر استيفاء موجب العقد فبطل.

---

(١) انظر الحاوي للماوردي (٥/ ١٥٠).

(٢) انظر الحاوي للماوردي (٥/ ١٥٠).

فرع آخر

لو قال: اشتريت [٤١/ب] بمائة دينارٍ إلا ديناراً فقال: بعت فالبيع صحيح، لأنه يكون معلوماً وتقديره بعتك بتسعة وتسعين ديناراً.

فرع آخر

قال في الصرف: ولو كان عند رجل دنانير وديعة فصارفه فيها ولم يقرّ الذي عنده الدنانير أنه استهلكها حتى يكون ضامناً، ولا أنها في يده حتى صارفه فلا خير فيه لأنه غير مضمون ولا حاضر، ويمكن أن يكون بذلك في ذلك الوقت فيبطل الصرف. وقال أبو حامد: فإن قطعها على بقائها عنده صح الصرف، وكذلك إن ضمنها بالتعدي مع بقاء العين فإن استهلك ثم ابتاعها يجوز، لأنه يكون بيع دين بدينٍ.

فرع آخر

لو كان عليه دينار فأعطى صاحبها دراهم من غير مصارفة تكون الدراهم قرضاً عليه ويترادان ولو أراد أن يحبس الدراهم ليسترد ماله لا يجوز لأن المقبوض عن بيع فاسد لا يجوز حبسه على استرجاع ثمنه. ولو استهلك الدراهم فلا وجه إلا أن يتباريا من غير شرط [٤٢/أ] أو يقبض أحدهما ماله عند صاحبه ثم يقبضه عما في ذمته. ولو أراد أن يتقاصا لم يجز لأنهما جنسان فإن قال صاحب الدينار: أبرأتك على أن تبرئني من كذا درهم لا يجوز لأن الإبراء يبطل بالشرط وإنما يصح مع الإطلاق، ولو أن أحدهما يبرأه مطلقاً ولم يبرئه الآخر من شيء جاز وكان له مطالبته بحقه، وليس للمشتري مطالبة الآخر بشيء.

فرع آخر(١)

لو اشترى رجل ثوباً آخر بنصف دينار يلزمه كذلك أيضاً ولا يلزمه الصحيح فإن أقبضه المشتري ديناراً صحيحاً فقد زاده خيراً، وإن اختار أن يقبضه ديناراً مكسراً بنصفين جاز ذلك. وإن اشترى الثوب الثاني على أن يعطيه هذا النصف والنصف الأول ديناراً صحيحاً لا يخلو، إما أن يكون هذا بعد لزوم البيع الأول أو قبله فإن كان بعده فالثاني باطل والأول صحيح لأنه دخله شرط فاسد. وإن كان قبل لزوم البيع الأول بطل الأول والثاني معاً لأنه وإن كان وقت الزيادة في الثمن فتلك الزيادة مجهولة [٤٢/ب] غير معلومة وليست بزيادة عين فبطلا.

فرع آخر(٢)

لو قال: بعتك بألف درهم مكسرة جاز وقيل: إنما يجوز إذا تقاربت القيم فإن تفاوتت لا يجوز.

فرع آخر

لو قال: بألف غلة كسور ما جاز، ولو قال: بألف مثله أو بألف يجوز بالصحاح لا يجوز.

---

(١) انظر الأم (٣/ ٢٩).

(٢) انظر الأم (٣/ ٣٠).

فرع آخر

لو قال: بألف من نقد سرت كذا ونقودها متفقة يجوز وفيه وجه آخر لا يجوز.

فرع آخر

لو قال: بعتك بدينارٍ فإن كان المقصود الصحاح انصرف إليه، وإن كان المعهود القراضة فكذلك، وإن لم يكن بينهما تفاوت وكلاهما معهود صح ومن أيهما سلم جاز، وإن كان بينهما تفاوت لا يصح.

فرع آخر

لو قال: بدينارٍ صحيح فجاءه بدينارين صحيحين وزنهما دينار يقبل، ويحتمل عندي وجهاً أنه لا يقبل إذا كان بينهما تفاوت وقد يكون هذا في بعض البلاد عندنا.

فرع آخر

لو قال: بدينارٍ صحيح فجاءه بدينار وزنه مثقال ونصف يلزمه قبوله والزيادة [٤٣/أ] أمانة عنده ويحتمل عندي وجهاً آخر لا يلزمه قبوله لأنه لا يكلف محمل الأمانة.

فرع آخر

لو قال: بنصف دينارٍ صحيح، فإن لم يقل مدوراً أو شقاً من دينارٍ يجوز، وإن سلم ثقيلاً وأشركه فيه يجوز، وإن قال: مدوراً وهو عام الوجود يجوز، وإن كان نادر الوجود لا يجوز.

فرع آخر

لو اشترى رجل عشرين درهماً نقرة بدينارٍ، فقال له آخر: وَلّني نصفها بنصف ما اشتريت صح لأن التولية كالبيع، ولو قال: اشتر لنفسك عشرين درهماً نقرةً بدينار ثم وَلّني نصفها فعل كانت النقرة له دون الإذن لأنه باعه نصفها من نفسه وهو غائب.

فرع آخر

لو دفع إلى صائغ فصاً وقال له: صغ لي خاتماً من فضة حتى أعطيك بوزن الفضة فضة وأجرة الصنعة لم يَجُز لأنهما تبايعا فضة مجهولة بفضة وتفرقا قبل القبض وشرط فيه أن يعمل له عملاً.

فرع آخر

قال في الصرف[1]: وإذا تصارفا لا بأس [٤٣/ب] أن يطول مقامهما في مجلسهما ولا بأس أن يصطحبا من مجلسهما إلى غيره ليوفيا الحق، لأنهما لم يتفرقا فإن تعذر عليهما التقابض في المجلس وأراد التفرق يلزمهما أن يتفاسخا العقد بينهما فإن تفرقا

(١) انظر الأم (٣/٢٧).

قبل التفاسخ كان ذلك فاسداً وجرى مجرى بيع مال الربا بعضه ببعض نسيئة ولا يعنى تفرقها، لأن فساد العقد إنما يكون به شرعاً وهو كالعقد مع التفاضل فاسد ولكنهما يأثمان به.

فرع آخر

لو تبايعا عشرة دراهم فتحية بعشرة فتحية وتقابضا فتلفت إحداها في يد قابضها ثم علم بالعيب من جنسها فليس له أخذ الأَرْش، لأنه يقضي إلى التفاضل ولا يمكنه الرد لأن العين مفقودة فلا وجه أن يفسخ العقد بينهما ثم ترد عليه هذه الجيدة الموجودة ويكون عليه في ذمته عشرة رديئة يعطيه مثلها وقيمتها إن اتفقا عليه، ذكره ابن أبي هريرة.

فرع آخر

لو اشترى ديناراً بدرهم وقبض وتلف عنده ثم وجده معيباً فيه وجهان: **أحدهما**: له [٤٤/ أ] وهذا أَقْيس فعلى هذا يرجع بأرش عيب الدينار دراهم. ولو كان المبيع المعيب فضة رجع بأرش عيبها ذهباً، **والثاني**: وهو قول أكثر أصحابنا لا يجوز ذلك لأمرين، **أحدهما**: أن الصرف أضيق حكماً فلم يتسع له جوار الأرش فيه، **والثاني**: أن الأرش يعتبر بالأثمان فلم يجز أن يكون الأرش داخل في الأثمان فعلى هذا لا يخلو عيب الدينار المستهلك إذا لم يخرجه من الجنس من أحد أمرين إما أن يكون عيباً فيصح أن يكون صفة لما ثبت في الذمة أو لا يصح فإن كان يصح ذلك مثل أن يشتري ديناراً قاسانياً فبان الدينار مغربياً فعلى المشتري بدله مغربياً، وإن كان لا يصح، أن يكون صفة لما في الذمة بأن كان مبَهْرَجاً فعليه إذا لم يرض بعينه أن يرد قيمته دراهم ولا يرد مثله لأن المبَهْرَج لا مثل له ثم إذا رد مثل الدينار المعيب فيما له مثل أو رد قيمته وَرِقاً فيما لا مثل له فإن كان اشترى الدينار الذي بان عيبه بعينه لم يكن له المطالبة ببدله ولو كان له استرجاع [٤٤/ ب] ما دفع من ثمنه، وإن كان اشتراه في الذمة من غير تعيين فهل له الرجوع بالبدل سليماً؟ قولان ذكره في «الحاوي»(١).

فرع آخر(٢)

لو حصلت في ذمة رجل دراهم موصوفة وكانت نقداً يتعامل الناس بها فحظر السلطان المعاملة بها لم يستحق صاحب الدراهم غيرها ولم يجز أن يطالب بقيمتها. وقال أحمد: له المطالبة بقيمتها ذهباً في أخر يوم حظرها السلطان وهذا غلط؛ لأن أكثر ما فيه أنه ركس قيمته وما ثبت في الذمة لا يستحق بدله لنقصان قيمته كالحنطة فإذا ثبت أن له أخذ تلك الدراهم بعينها بعد الحظر لما كان له أخذها قبل الحظر فعدمت تلك الدراهم ولو توجد كان له حينئذ أخذ قيمتها ذهباً لتعذرها واعتبار زمان القيمة في آخر أوقات وجودها والقدرة عليها، لأنه آخر وقت كانت عينها فيه مستحقة.

فرع آخر(٣)

لو ابتاع ديناراً أو ثوباً بعشرة دراهم معينة من هذا النقد فحظر السلطان قبل القبض

---

(١) انظر الحاوي للماوردي (٥/ ١٤٩). (٢) انظر الحاوي للماوردي (٥/ ١٤٩ ـ ١٥٠).
(٣) انظر الأم (٣/ ٢٨)، الحاوي (٥/ ١٥٠).

المعاملة بها لم يكن ذلك عيباً يستحق به الفسخ كرخص السعر ونقصه لأن [٤٥/أ] العيوب ما اختصت بالصفات اللازمة.

فرع آخر

وقال: أيضاً لو قال البائع في مدة الخيار للعبد المبيع: أنت حر إن دخلت الدار هل يكون قطعاً لخياره؟ وجهان.

فرع آخر

لو باع بشرط الخيار بثمن مؤجل فالأجل من وقت العقد بلا إشكال ولو شرط أن يكون الأجل محسوباً عقيب انقضاء الخيار وجهان: **أحدهما**: لا يصح البيع. **والثاني**: يصح البيع والشرط، وذلك أنه لو باع بثمن مطلق بشرط الخيار ثم شرط الأجل قبل انقضاء الخيار والأشبه أنه يصح، وهكذا لو باع من غير شرط الخيار بثمن مؤجل على أن يكون الأجل محسوباً عند انقضاء خيار المكان ففي صحة البيع والشرط هذان الوجهان.

فرع آخر

لو باع بثمن مؤجل إلى ألف سنة هل يصح الشرط؟ يجب أن لا يصح لأنا نقطع على المشتري لا يبقى إلى هذه الغاية والأجل يسقط بالموت، وهو كإجارة الثوب إلى ألف سنة لا يجوز ويبطل البيع ببطلان هذا الشرط.

فرع آخر

لو قال لعبده: إن مت بعد ألف سنةٍ فأنت حر هل يصير به مدبراً فيه وجهان، وليس كالبيع والإجارة [٤٥/ب] لأنهما ينزهان من الغرر بخلاف التدبير الذي يتضمن العتق والصحيح أنه لا يكون مدبراً، لأنا نقطع على أنه لا يبقى إلى هذه الغاية وفائدة الوجهين فيمن قال: والله لا أدبر عبدي فقال له: هذا القول هل يحنث؟ وجهان.

فرع آخر

لو شرط الخيار أربعة أيام يومان للبائع ويومان للمشتري بعد انقضاء اليومين لا يجوز لأنه يزيد على ثلاثة أيام ولو شرطا خيار يوم للبائعين ويومين بعده للمشتري لم يجز لأن العقد إذا لزم في حق أحدهما يوماً لم يصح ثبوت الخيار له بعده كما لو شرط خيار يومين من بعد التفرق بيوم لا يجوز وإن شرطا خيار يوم للبائع وخيار يومين للمشتري من نصف يوم البائع لم يجز أيضاً لما ذكرنا ويحتمل أن يقال: يجوز في هذين الموضعين. ولو كان الخيار للبائع يوماً ثم زاد يوماً آخر للبائع لم يصح أيضاً، لأن خيار الشرط لا يثبت إلا باتفاقهما وهذه الحالة ليست كحالة العقد في حق المشتري، لأنه لا خيار له ويقول البائع بانفراده لا يثبت الخيار فأبطلنا الشرط لذلك.

فرع آخر

لو شرطا [٤٦/أ] خيار ثلاثة أيام ثم أسقطا اليوم الأول سقط الكل هذا هو الأظهر،

وإن أسقطاه بشرط بقاء الخيار في اليوم الثاني والثالث فيه وجهان: **أحدهما**: لا يصح الإسقاط والخيار باق في الأيام الثلاثة، **والثاني**: يسقط الكل ويبطل شرطها، وإن أسقطا خيار اليوم الثاني سقط خيار اليوم والثالث وخيار اليوم الأول صحيح.

فرع آخر

قال والدي رحمه الله: إذا شرط خيار الثلاث للمكاتب فإن أراد نفي الخيار له بعد الثلاث بطل العقد قولاً واحداً، وإن أراد نفي الخيار إثبات الخيار له في الثلاثة مع ثبوتها بعدها صح العقد ولا معنى لهذا الشرط، وإن أطلقا القول بلا إرادة فيه وجهان: **أحدهما**: لا يبطل. **والثاني**: يبطل لأن تقديره بثلاثة نقيض نفي الخيار بعدها كما لو قال لآخر: اقض ديني إلى ثلاثة أيام لم يكن له قضاؤه بعد الثلاث، ومن قال بالأول أجاب عن هذا بأن الأجنبي لا يقضي الدين عن غيره من ماله إلا بإذنه، فإذا قدر بالثلاث عاد الأمر بعد الثلاثة إلى ما كان من قبل وهاهنا الخيار ثابت للمكاتب أبداً فشرطها خيار [٤٦/ب] الثلاث يفضي إلى إثباته فإذا مضت ثبت الخيار بحكم العقد، ولا يكون هذا الشرط مفيداً زيادة فائدة فصار كما لو باع عبده بعشرين بشرط حلول عشرة منها صح وكان الكل حالاً، ولا يقال النص على حلول العشرة يقتضي تأجيل الباقي فلا يصح البيع لجهالة الأجل كذلك هاهنا ويحتمل في مسألة الأجل وجهاً آخر أنه يبطل البيع بدليل الخطاب.

فرع آخر

لو شرطا أن يكون الخيار لعبد أجنبي فإن كان بإذن سيده جاز وإن كان من غير إذنه فيه وجهان.

فرع آخر

لو شرطا خيار يوم لأنفسهما ويوم بعده لأجنبي فيه وجهان، كما ذكرنا إذا شرطا يوماً للبائع ويومين بعده للمشتري، والأشبه أنه يصح هاهنا بخلاف تلك المسألة لأن المنع هناك لزوم البيع في حق أحدهما مدة ثبوت الخيار له وهذا غير موجود هاهنا، ولهذا لو باع ثم شرطا الخيار قبل التفرق لزيد صح وإن لم يملك زيد هذا الفسخ قبل اشتراطه، فلا بأس هاهنا أيضاً أن لا يملك الأجنبي الفسخ [٤٧/أ] ثم يملك.

فرع آخر

لو قال: اشتري العبد بشرط الخيار قلنا: بإذن السيد لم ينقل حينئذ جاز إلى عبده كخيار الوكيل بخلاف خيار المكاتب ينقل إلى غيره في أحد الوجهين، وقد ذكرنا قبل هذا يثبت للسيد لأنه المالك في الحقيقة.

فرع آخر

قال: إذا شرطا خيار يوم لأنفسهما، ثم مات أحدهما قبل انقضائه فأراد الوارث مع العاقد زيادة يوم آخر للخيار يحتمل وجهين، **أحدهما**: يصح وهو الأشبه لأنه قائم مقام المورث ثم جازت الزيادة للمورث فكذا الوارث، **والثاني**: لا يصح، لأنه يتلقى هذا

الخيار عن الميت فلا يجوز إثبات خيار له بحكم العقد لم يكن ثابتاً للمورث.

فرع آخر

قال: إذا أتلف المبيع في مدة الخيار بعد القبض قلنا: لا يبطل الخيار وكان الخيار يوماً فزاد يوماً آخر بعد التلف يحتمل وجهين كما قلنا في الإقالة بعد تلف المبيع والمذهب [٤٧/ب] أنه لا يجوز.

فرع آخر

قال: لو اشترى عصيراً فصار خمراً في يد البائع ثم صارت خلاً هل يصح البيع؟ وجهان بناء على أنها إذا عادت خلاً هل يعود الملك الآن أو يتبين به بقاء الملك حال كونه خمراً؟ وفيه وجهان، وهو كالقولين في الرهن هل يعود بمصيرها خلاً؟ والأصح أنه يتبين به بقاء الملك حال كونه خمراً، لأني لا أعلم خلافاً أن الرجل لو مات وترك خمراً ثم صارت خلاً يقضي من ثمنه دين الميت وينفذ منه وصاياه ونظيره أن يبيع عبداً فأبق قبل القبض هل يبطل العقد؟ قولان: والأصح أنه لا يبطل وللمشتري الخيار وعندي أنه يبطل على المذهب الصحيح لأنه زالت المالية بمصيرها خمراً فيستحيل بقاء المبيع وإذا بطل البيع لا يعود من غير تحديد.

فرع آخر

قال: رجلان لهما عبدان فأذنا لهما بالتجارة فاشترى عبد أحدهما عبد الآخر وفعل الآخر مثل ذلك ولم يدر أيهما اشترك قبل صاحبه لم يصح واحد منهما، لأن عبد أحدهما إذا اشترى عبداً لآخر صار المشتري مالك المشتري [٤٨/أ] فلا يصح شري الثاني بعده فأشبه عين الصحيح من الفاسد فأبطلناهما كتزويج الوليين للمرأة من رجلين يبطلان عند الاشتباه لما ذكرنا.

فرع آخر

قال: لو وكل ببيع شيء أو شرائه فاشتراه الوكيل أو باعه ثم مات الموكل في المجلس بطل البيع لبطلان الوكالة قبل تمام البيع، ولو عزله عن الوكالة كان كذلك.

فرع آخر

أرض بين اثنين لا يعلم أحدهما مقدار حقه منها فباع جميعها من رجل ثم عرف نصيبه يصح إذا جوزنا تفريق الصفقة، لأن ما تناوله البيع لفظاً معلوم وفي كلام أصحابنا ما يدل عليه قالوا: إذا باع عبداً ثم ظهر الاستحقاق في البعض صح في الباقي على هذا القول ولم يفصلوا بين أن يكون البائع عالماً بمقدار نصيبه منها أو لم يكن عالماً به.

فرع آخر

لو قال: بعتك هذا الثوب بعشرة فقال المشتري: اشتريته لفلان ولم يكن وكيلاً في الشراء هل يصح؟ وجهان والأشبه أنه يصح له.

فرع آخر

لو كان له عبدان أحدهما أصغر من الآخر [٤٨/ب] فقال: بعتك عبدي الأصغر مبارك

وكان اسمه غانم واسم الآخر مبارك صح لأن الاسم قد يتغير ولو قال: بعتك مبارك ولم يقل عبدي فالأشبه أنه لا يجوز، ويحتمل أن يقال يجوز، ولو قال: بعتك عبدي مبارك والمشتري لا يعلم من العبد الذي يسمى مبارك من عبديه لا يجوز لأن المعقود عليه مجهول.

فرع آخر

لو قال: بعتك هذا العبد وأشار إلى أَمَة لا يجوز، ولو قال: بعتك هذا العبد الكبير وكان صغيراً صح، لأن الأول اختلاف الجنس وهاهنا اختلاف الصفة ولو كان هذا في العتق وقع العتق.

فرع آخر

لو قال الوكيل عند البيع: بعتك عبدي هذا هل يجوز؟ وجهان.

فرع آخر

لو باع دجاجة فيها بيضة فباضت في الحال ثم وجد بالدجاجة عيباً هل يلزمه رد البيضة مع الدجاجة؟ وجهان بناء على القولين في الحمل.

فرع آخر

لو قال: بعتك هذا العبد بعشرة فقال: قبلت البيع فيه وفي عبد آخر أشار إليه بعشرة لا يجوز، [٤٩/أ] ولو قال: بعتك هذين العبدين بعشرة أحدهما لغيره فقال: قبلت عبدك بعشرة فعلى القول الذي يقول لا يفرق الصفقة لا يجوز، وإذا قلنا: يجوز تفريق الصفقة فيه قولان: **أحدهما**: يجوز القبول وهذا إذا قلنا: يجوز البيع فيه بجميع الثمن، **والثاني**: لا يجوز وهذا إذا قلنا يأخذه بحصته من الثمن.

فرع آخر

إذا باع ثم اختلفا فقال البائع لم أكن بالغاً وقت المبيع وأنكر المشتري واحتمل ما قاله كل واحدٍ منهما فالقول قول البائع لأن الأصل الصغر.

فرع آخر

لو باع عبداً مسلماً من مسلم وشرطا الخيار ثلاثاً لكافر، يحتمل أن لا يجوز لأن الكافر لا يملك العقد عليه للتّمسك فلا يجوز شرط الخيار له كما لا يجوز شرطه للمجنون والصبي وكذلك لو باع من آخر صيداً وشرطا الخيار للمحرم لا يجوز وهكذا ذكر والدي رحمه اللّه، والأصح عندي أنه يجوز، لأنه من أهل الشرط والإجازة والرد ولا إذلال للمسلم في إجازته وفسخه.

فرع آخر

لو باع عبداً وسلمه إلى [٤٩/ب] المشتري وديعة، فقبضه ولم يعلم أنه المبيع فمات في يده فيه وجهان: **أحدهما**: أنه من ضمان البائع وعليه رد ثمنه، **والثاني**: أنه من ضمان المشتري وأصل هذا أنه إذا غصب طعاماً فأطعمه المالك وكان جاهلاً هل يزول الضمان عن تغاصب قولان والأصح أنه لا يزول.

فرع آخر

لو باع من آخر دراهم معدودة على أنها عشرة دراهم وزناً بدنانير ثم تبين أنها أكثر فيه قولان: **أحدهما**: لا يصح البيع، **والثاني**: يصح وللبائع الخيار، كما لو ظهر النقصان من العشرة للمشتري الخيار.

فرع آخر

العبد الموصى لمنفعته لواحد وبرقبته لآخر، فباع صاحب الرقبة نُظِر فإن باعها من صاحب المنفعة صح وإن باعها من غيره وجهان وفيه وجه ثالث ضعيف لا يصح منهما.

فرع آخر

عبد بين رجلين اشتراه رجل منهما ولا يعلم المشتري كم تصيب كل واحدٍ منهما جاز لأن حمله المبيع معلومة فصار كما لو باع عبدين بثمن واحد ويحتمل أن يقال: لا يجوز لأن عقد الواحد مع اثنين كعقدين فلا يجوز إلا [٥٠/ أ] أن يكون ما يبيعه كل واحدٍ منهما معلوماً ولهذا لا يجوز الرد بالعيب على أحدهما دون الآخر، وهذا صح عندي.

فرع آخر

لو كان عليه دين حال فدفعه إليه لشرط أن يبيعه ثوباً، فالشرط باطل وهل له استرجاع ما دفعه إليه ليدفع غيره؟ القياس أن له ذلك لأن القبض فاسد بهذا الشرط، ولا يتعين بعض المال لقضاء الدين منه إلا باختيار من عليه.

فرع آخر

لو باع ثوباً على أنه من قطن فإذا هو من كتان فإن لم يعلما لا يجوز وإن علما يحتمل وجهين: **أحدهما**: يجوز لأن الاعتبار بالإشارة ولا معنى للتسمية مع الإشارة عند العلم وقد ذكر المزني: لو قال: أبعتك هذا الفرس وهو يراه عبداً أو هذا الرداء وهو يراه قميصاً أو هذا النعل وهو يراه خفاً يجوز البيع ولا اعتبار بالاسم وهذا صحيح؛ لأنه يصير كأنهما تلاعبا بالتسمية فوجودها وعدمها سواء ويعتبر الإشارة فعلى هذا في مسألة الثوب يجب أن يجوز.

فرع آخر

لو باعه على أنه تمر فكان رطباً وكان [٥٠/ب] رآه رطباً هل يبطل البيع بهذا الشرط؟ وجهان: **أحدهما**: لا يبطل وللمشتري الخيار، **والثاني**: يبطل لأن هذا الاختلاف كاختلاف في الجنس، والأول أصح لأنهما جنس واحد ولهذا لا يجوز بيع أحدهما بالآخر متفاضلاً.

فرع آخر

إذا باع بدراهم مطلقة وفي البلد نقود مختلفة وفي البلد الذي هو أقرب إلى بلده نقد واحد

وقال البائع وقت البيع: لا أعني نقد بلدنا ولا يجب أن تحمل كلامي عليه، هل يصح البيع حملاً لهذا البيع على نقد البلد الآخر؟ يحتمل وجهين: **أحدهما**: يصح لأنه إذا سقط حمله على عرف بلده يعين أقرب البلاد إليه كما قلنا في قسمة الزكاة، **والثاني**: لا يصح لأنه ليس بلد أولى من بلد بعدما سقط اعتبار بلده، وهكذا لو كان في بلده نقد واحد وفي البلد الذي يقربه نقد واحد فباع بدراهم واستثنى نقد البلد الذي هما فيه، هل يحمل على نقد البلد الآخر بقربه ليصح البيع أم لا؟ فيه وجهان أيضاً، ولو كان بلدان هما قريبان من ذلك البلد ولا بلد أقرب منهما، وسقط اعتبار نقد بلدهما [٥١/أ] قلنا: يعتبر بالأقرب في أحد الوجهين واستوى هذان البلدان في القرب نُظِر فإن كان النقد فيهما واحداً صح وإن كان نقدهما مختلفاً لم يجز لأنه ليس حمله على أحدهم بأولى من حمله على الآخر، وحمله عليهما لا يمكن فإن قيل: لم لا يقولون يحمل عليهما ليكون نصف الثمن من نقد أحد البلدين والنصف الآخر من نقد البلد الآخر؟ قلنا: لأنه لا يمكن كما لو كان في البلد نقدان فباع بثمن مطلق لا يحمل على المباضعة بالإجماع كذلك هاهنا.

فرع آخر

إذا أعاد البائع المبيع من المشتري هل يبطل حق الحبس؟ قال والدي الإمام: لا يبطل حقه من الحبس كما في الرهن. وسمعت بعض أصحابنا بخراسان قال: يبطل حق الحبس لكون العقد ليس بعقد الحبس بخلاف الرهن وهذا قول أبي حنيفة.

فرع آخر

إذا باع شيئاً في يده ولا يدري أنه له أو لا وقبض ثمنه هل يحل له ذلك من جهة أن اليد دلالة الملك؟ أو لا يحل من جهة أنه كلف فيما في نفسه الإحاطة؟ ينبغي أن لا يحل لأنه يكلف الإنسان [٥١/ب] فيما في نفسه الإحاطة إذا أمكن.

فرع آخر

إذا باع جلد الغنم بجلد البقر متفاضلاً هل يصح؟: يحتمل قولين بناء على القولين في اللحمان.

فرع آخر

إذا قال لآخر: بع هذا المال، فباعه ولم يقبل التوكيل ولا رده صح البيع. فإن قيل: فما معنى قولكم الوكالة تفتقر إلى القبول ويجوزون بيعه قبل القبول؟ قلنا: فائدته أنه لو وكل آخر بقبض دينه من رجل فتمكن الرجل من دفعه إلى هذا الوكيل ولم يتمكن من الدفع إلى الموكل نظر فإن قبل الوكيل الوكالة فعليه دفع ما عليه إليه لأن التمكن من دفع المال إلى الوكيل كالتمكن من دفعه إلى الموكل، وإن لم يقبل الوكالة لم يلزم الدفع لأنه لم يصر وكيلاً بعد وهذا قبل مطالبة الوكيل، فأما إذا طالبه بالدين عن الموكل يلزمه الدفع لأن هذه المطالبة جارية مجرى قبول الوكالة والرضا بها ويحتمل وجوب الدفع إليه قبل المطالبة لأن الدفع إليه موجب للبراءة فهو كما بعد القبول وفائدة

أخرى وهي أن الرجل [٥٢/أ] إذا وكل بقبض العارية من فلان فوصل ذلك المال إلى يد هذا الوكيل وهو لا يعلم أنه ذلك المال الذي أذن له موكله فقبضه نُظِر فإن كان قبل الوكالة زال الضمان عن المستعير، وإن لم يكن قبلها لم يزل الضمان، لأن المال لم يصل إلى يد صاحبه ولا وكيله، فإن قيل: لم لا يزول الضمان ويصح البيع؟ قلنا: لأن الشروع في أسباب البيع يقوم مقام قبول الوكالة والرضا بها والقبول تارة من جهة القول وتارة من جهة المعنى، وهذا غير موجود في مسألة الضمان لأنه لم يعلم أن المال لغيره الذي هو الموكل حتى يجعل قبضه كالرضا بالقبول.

فرع آخر

لو باع شاةً لبوناً بشرط أنها غير لبون أو حاملاً بشرط أنها غير حامل لم يصح البيع لأن هذا يقتضي استثناء الحمل واللبن من البيع، ولا يصح البيع مع هذا الاستثناء وفيه آخر يجوز كما لو باع عبداً على أنه لا يد له وكان له اليدان صح، وهذا أصح.

فرع آخر

إذا أريد بيع مال اليتيم وقت النداء يوم [٥٢/ب] الجمعة للضرورة وهناك حران على أحدهما الجمعة دون الآخر ومن عليه الجمعة يطلبه بدينار ومن لا جمعة عليه يطلبه بنصف دينار من أيهما تباع؟ يحتمل وجهين: **أحدهما**: يباع ممن لا جمعة عليه كيلاً يوقع الآخر في معصيةٍ. وقد روي أن النبي ﷺ قال: «الدال على الشر كفاعله»(١)، **والثاني**: يباع ممن يطلبه بدينار، لأن الذي إليه هو الإيجاب وهو غير عاصٍ به وإنما القبول إلى الطالب وهو الذي يقضي بالقبول، ويحتمل أن يرخص له بالقبول هاهنا لنفع اليتيم إذا لم يؤد إلى ترك الجمعة كما يرخص للولي الإيجاب لحاجة اليتيم إليه.

فرع آخر

لو كان هذا الاختلاف في طلب العصير أو السيف والطالب يريد أن يجعل خمراً أو آلة للقتل المحرم فمن أيهما يباع؟ فإن قلنا في المسألة قبلها يباع بأكثر فإن قلنا هناك يباع بالأقل يحتمل أن يقال هاهنا يبيع ممن يطلب بأكثر والفرق أن تلك الكراهية على التحريم وهذه الكراهية على التنزيه والكراهية تزول [٥٣/أ] هاهنا لأنه ممنوع للبيع من غيره بالأقل فإن عليه طلب الحظ لليتيم ولا يجوز له البخس بحقه.

فرع آخر

لو باع ديناً له على رجل من قرض من رجلٍ هل يصح البيع؟ وجهان، فإن قلنا: لا يصح فدفع المديون إلى المشتري هل يبرأ من حق البائع؟ وجهان: **أحدهما**: يبرأ الآن في ضمن البيع بالأذن بالقبض فصار كما لو دفعه إلى وكيله. **والثاني**: لا يبرأ لأن البيع فاسد ففسد ما في ضمنه ومقتضاه وأصل هذا إذا باع نجوم الكتابة من رجل لا يصح في أصح المذهبين، فلو أدى المكاتب النجوم إلى المشتري هل يعتق؟ وجهان.

---

(١) ضعيف. وانظر المغني عن حمل الأسفار (٣٤١/٤).

باب بيع اللحم باللحم

مسألة: قال[1]: «واللحمُ كلهُ صنفٌ».

الفصل

جملته أن الشافعي نص على قولين في اللحمان: أنها أصناف أو صنف واحد والأصح أنها أصناف وهو اختيار المزني، وقد قال الشافعي: وهذا قول يصح ويقاس، وبه قال أبو حنيفة وأحمد في رواية، وقال بعض أصحابنا بخراسان: الأصح أنها صنف واحد وهذا غلط لأنها فروع لأصول هي أجناس فوجب أن تكون [٥٣/ب] أصنافاً كالأدقة ولأن أصح القولين أن الألبان أصناف وهي رشح الحيوان واللحمان نفس الحيوان وذاته فهي أشبه بالأصناف. وقال مالك: اللحمان ثلاثة أصناف: لحم الوحشي والإنسي صنف، ولحم الطير صنف، ولحم دواب الماء صنف. وهي الرواية الثانية عن أحمد إلا أنه جعل الوحش صنفاً آخر. واحتج بأن القصد مختلف في هذه اللحوم فكانت أصنافاً وهذا لا يصح لأن منفعة لحم الإبل ولحم الغنم تختلف وهما صنف واحد عنده فإذا قلنا: إنها صنف واحد بينه الشافعي مما لا مزيد عليه[2] فقال: اللحم كله أنسيه ووحشيه وطائره صنف، وأما السمك على هذا القول فالمذهب أنه صنف آخر. وقال أبو إسحاق: هو نوع من الصنف[3]. كالطير لأن اسم اللحم يقع عليه قال اللّه تعالى: ﴿وَمِن كُلٍّ تَأْكُلُونَ لَحْمًا طَرِيًّا جَدِيدٍ﴾ [فاطر: ١٢]، فسمي السمك لحماً وهذا غلط مذهباً وحجاجاً. أما المذهب قال الشافعي: ومن قال هذا لزمه أن يقول السمك من الصنف وهذا لا يقوله أحد ونص في «الأم» أن الحيتان جنس غير جنس سائر اللحمان. وأما الحجاج هو أنه لا يضاف [٥٤/أ] لحمه إليه وإنما يقال: سمك ولا يقال: لحم سمك فلا ينطلق عليه اسم اللحم ولهذا لو حلف لا يأكل اللحم فأكل لحم السمك لا يحنث وأما الآية قلنا: اللّه تعالى قيده بالإضافة إلى مسكنه فقال: ﴿وَمِن كُلٍّ تَأْكُلُونَ لَحْمًا طَرِيًّا جَدِيدٍ﴾ [فَاطِر: الآية ١٢] ، فعلم أنه لحم بالتقييد لا بالإطلاق فعلى هذا اللحمان كلها صنفان فلحوم حيوان البر على اختلافها صنف، ولحوم حيتان البحر على اختلافها صنف، واختار القاضي أبو حامد في «الجامع» والقاضي الطبري ما قاله أبو إسحاق وقالا: لم يقل الشافعي على ما حكاه أبو حامد بل قال[4]: ومن قال هذا لزمه عندي أن يقول مثله في الحيتان؛ لأن اسم اللحم جامع لها وقد أطلق اللّه تعالى فقال: ﴿لَحْمًا طَرِيًّا﴾ [النحل: الآية ١٤] ، وعندي للأصح ما تقدم في القياس. والجراد: هل يكون من جنس اللحم؟ وجهان؛ لأن اسم اللحم لا ينطلق عليه ولا يكون صورته صورة اللحم.

فرع

لحمان حيوانات البحر مبني على ما تقدم فإن قلنا: لحمان حيوانات البر صنف

---

(١) انظر الأم (٢/ ١٥٥).
(٢) انظر الأم (٣/ ٢٢).
(٣) انظر الأم (٣/ ٢٢).
(٤) انظر الأم (٣/ ٢٢).

واحد أيضاً، وإن قلنا هناك، وإن قلنا قال الشافعي: والشمول أصناف مختلفة لأن اختلاف دواب [٥٤/ب] البحر أكثر من اختلاف دواب البر وهل يلحق بها الجراد؟ وجهان، **أحدهما**: يلحق لأنه نقل في الآثار أن أصله سمك ولهذا حل ميتة الجراد، **والثاني**: لا يلحق لأنه حيوان بري يلزم الجزاء على المحرم بقتله.

وقال في «الأم»[(١)]: كل ما كان على خلقة فهو جنس وما كان على خلقة أخرى فهو جنس آخر فالسمك صنف. وبقر الماء صنف وغنم الماء صنف، وقال القفال: الحوت المعروف الذي لا اسم له إلا الحوت كل صنفه واحد. وأما بقر الماء ونحو ذلك فإن قلنا: لا يتناوله اسم الحوت ولا يحل ميتته فهي أصناف، وإن قلنا يحل ميتة وكلها حوت فهي صنف واحد فيحل على هذا كلب الماء وخنزير الماء وهو من جنس الحوت.

فرع آخر

إذا قلنا: اللحمان أصناف فلحم الإبل وأنواعها غرابها ونجابها صنف واحد وكذلك أنواع البقر وأنواع الغنم وبقر الوحش صنف والظباء صنف والأرانب صنف والضباع صنف وكذلك أصناف الطيور الكراكي صنف، والحباري صنف والأوز صنف [٥٥/أ] والدجاج صنف والحمام صنف وقيل فيه وجه، أنه يلحق الظباء والإبل بالغنم لأنه يقرب منه كالضأن مع المعز ويلحق بقر الوحش بالإنس والأول أصح لافتراقهما في الزكاة والضحايا والهدايا وحد الحمام ما ذكر الشافعي في كتاب الحج فقال: كل ما عب وهدر فهو حمام من اليمام والفواخت والقماري والدباسي، ونص في الربيع أن كل هذا صنف والعصافير صنف، وقال الشيخ أبو حامد: هذا بعيد عندي كل واحدٍ من هذه صنف، الحمام وأنواعه صنف، والقماري صنف والفواخت صنف وهذا لأنه ينفرد كل واحدٍ باسم وصفة وهذا اختيار جماعة أصحابنا.

فرع آخر[(٢)]

في الشحوم قولان كاللحمان سواء.

فرع آخر[(٣)]

هل تكون الإلية وما حمله الظهر صنفاً من الشحم أم لا؟ فيه وجهان: **أحدهما**: أنها صنف من حملة الشحم. وبه قال مالك، **والثاني**: أنها أصناف مختلفة غير الشحم وبه قال أبو حنيفة.

فرع آخر

اللحم الأبيض والأحمر صنف وهما لونان، والشحم الذي على الظهر قد قيل [٥٥/ب]: إنه لحم سمين والشحم الذي في الجوف صنف آخر والإلية صنف آخر والطحال صنف غير الكبد والفؤاد صنف آخر وكذلك المخ والدماغ والكرش واللسان والمصران كل واحدٍ منها صنف.

---

(١) انظر الأم (٣/ ٢٢).
(٢) انظر الحاوي للماوردي (٥/ ١٥٥).
(٣) انظر الحاوي للماوردي (٥/ ١٥٥).

فرع آخر[(١)]

إذا قلنا: اللحمان أصناف فالبيض أولى، وإذا قلنا: صنف واحد ففي البيض وجهان.

فرع آخر[(٢)]

بيض السمك هل يكون نوعاً من لحم السمك؟ وجهان: **أحدهما**: أنه صنف غير السمك كما أن بيض الطير صنف غير لحم الطير، **والثاني**: أنه نوع من لحم السمك لأنه يؤكل معه حياً وميتاً.

فرع آخر

الجلد إذا كان على اللحم، فإن كان غليظاً لا يؤكل معه منع من بيعه باللحم، وإن كان رقيقاً يؤكل معه كجلود الجدي والدجاج فهل يمنع إذا كان على اللحم من بيعه باللحم؟ وجهان كالعظم.

فرع آخر

إذا قلنا: اللحمان أصناف فمتى باع صنفاً بصنف آخر كلحم الغنم بلحم البقر ونحو ذلك جاز متفاضلاً ومتماثلاً، وزناً وجزافاً رطباً ويابساً يداً بيدٍ، وإذا قلنا: إنها [٥٦/ أ] صنف واحد وقلنا: أصناف فباع الصنف الواحد بعضه ببعضٍ رطباً برطب فالمذهب أن البيع باطل، وكذلك إذا كان أحدهما رطباً والآخر يابساً لأن معظم منفعته في حال يبوسته، وقال ابن سريج: فيه قول آخر يجوز لأن العادة معظم منفعته في حال رطوبته كالفواكه والأول أصح لأن كل ما يتخذ منه رطباً يتخذ منه يابساً، ويدخر في حال يبوسته ولا يدخر في حال رطوبته.

فرع آخر

لو باع بعضه ببعضٍ يابساً فإن لم يتناه يبسه وبقي فيه رطوبة، وإن قلت: لم يجز وإن تناهى يبسه وجفافه لا يبقى فيه نداوة جاز، وبيع الشحم بالشحم والإلية بالإلية كاللحم باللحم فإن قيل: أليس بيع التمر بالتمر يجوز، وإن كان فيه رطوبة قليلة؟ قلنا: الفرق من وجهين: **أحدهما**: ما ذكره الشافعي أن التمر يباع كيلاً، وذلك القدر لا ينقص من الكيل وهذا يباع وزناً وهذا القدر يظهر نقصانه في الوزن، ولهذا لو باع حنطة بحنطة وفي أحدهما دقاق التبن أو قليل التراب يجوز ولو كان هذا في الموزون لا يجوز، [٥٦/ ب] **والثاني**: ما ذكره أصحابنا: أن تلك الرطوبة الباقية في التمر تذهب على مر الأيام ويتناهى يبسه بلا فساد وهاهنا بقاء الرطوبة يفسده فيمنع جواز البيع، لأنه ما انتهى إلى حال يدخر عليه.

فرع آخر

قال في «الأم»[(٣)]: وإن كان اللحم ببلدة ندية وكان إذا يبس ثم أصابه الندى رطب

(١) انظر الحاوي للماوردي (٥/ ١٥٥).
(٢) انظر الحاوي للماوردي (٥/ ١٥٥ ـ ١٥٦).
(٣) انظر الأم (٣/ ٢٢).

حتى تثقل لم يبع بعضه ببعض حتى يعود إلى الجفاف لأن ذلك يؤدي إلى التفاضل.

فرع آخر

لو باع بعضه ببعضٍ منزوع العظم يجوز بلا خلاف ويفارق التمر بالتمر منزوع النوى في أحد الوجهين، لأن بقاء النوى في التمر من مصلحته بخلاف بقاء العظم لما فيه من المخ وأيضاً التمر يباع كيلاً فإذا نزع منه النوى يختلف ويتجافى في الكيل بخلاف اللحم فإنه يباع وزناً.

فرع آخر

لو باع مع العظم بلحم فيه عظم قال الاصطخري: يجوز لأن العظم فيه كالنوى في الثمر، وقال سائر أصحابنا وهو المذهب: لا يجوز، لأن العظم [٥٧/أ] فيه كالشمع في العسل وليس من مصلحته بخلاف النوى في التمر هكذا ذكره أبو حامد. وقال القاضي الطبري: قال أكثر أصحابنا: يجوز وحكي عن أبي إسحاق: لا يجوز.

فرع آخر

لو كان مملحاً فإن كان ذلك القدر من الملح يظهر في الوزن لا يجوز وإن كان لا يظهر في الوزن جاز مثل إن قدد بماء الملح لا يعين الملح وكذلك لا يجوز بيع الحوت بعضه ببعضٍ طرياً ولا ندياً ولا مملوحاً، ولكن يجوز إذا بلغ غاية نفسه غير مملوح.

فرع آخر

لو باع المشوي بالنيء أو المطبوخ بالنيء لا يجوز بحال وقال مالك: يجوز المطبوخ باليابس وقال أبو حنيفة: يجوز النيء بالمشوي والمطبوخ وهذا غلط لأنهما يتفاضلان حال الادخار، لأن النار تنقص المشوي وتزيد في المطبوخ.

فرع آخر

لو ضم عظم من عضو آخر إلى لحم وباع بلحم آخر فيه عظم أو لا عظم فيه لا يجوز بلا خلاف، كما لو ضم النوى إلى تمر وباع بتمر لا يجوز، وإذا تقرر هذا [٥٧/ب] قال المزني[١]: قطع قبل هذا الباب بأن ألبان الغنم والبقر والإبل أصناف.

الفصل

وهذا الذي ذكر المزني استشهاد بالخلاف على الخلاف لأن هناك قولين مشهورين أيضاً وحكى المزني القطع بأحد القولين في بعض المواضع والقطع بأحد القولين في بعض المواضع لا يقتضي تضعيف القول الثاني وتزييفه.

باب بيع اللحم بالحيوان

قال[٢]: أخبرنا مالك عن زيد بن أسلم الحبر بيع اللحم بالحيوان لا يجوز في الجملة، وبه قال أبو بكر الصديق رضي الله عنه والفقهاء السبعة رحمهم الله، وذكر

(١) انظر الأم (٢/١٥٦).

(٢) انظر الأم (٢/١٥٧).

الشافعي رضي الله عنه عن القاسم بن محمد بن أبي بكر الصديق وسعيد بن المسيب وعروة بن الزبير وأبي بكر بن عبد الرحمن بن هشام من جملتهم والثلاثة الباقون الذين لم يذكرهم الشافعي هاهنا سليمان بن يسار وخارجة بن زيد بن ثابت وعبيد الله بن عبد الله بن عتبة بن مسعود رضي الله عنهم، وهو قول مالك وأحمد.

وقال أبو حنيفة وأبو يوسف: يجوز على الإطلاق، وقال المزني: يجوز ذلك قياساً. إلا أن يثبت [٥٨/أ] الخبر. وقال محمد: يجوز على التعديل فإن كان اللحم الخارج أكثر من اللحم الذي في الحيوان جاز حتى يكون اللحم باللحم متماثلاً وما زاد في مقابلة السواقط وإلا فلا يجوز وهذا غلط لما روى الشافعي عن سعيد بن المسيب «أن النبي ﷺ نهى عن بيع اللحم بالحيوان»[١] وقال الشافعي: إرسال ابن المسيب عندنا حسن ورواه الزهري عن سهل بن سعد الساعدي عن النبي ﷺ، ورواه ابن عمر وأبو هريرة مرفوعاً أيضاً. وروي عن الشافعي عن سعيد بن المسيب: «أن النبي ﷺ نهى عن بيع اللحم بالشاة الحية»[٢] وفي لفظ «نهى عن بيع الحي بالميت». وروى ابن عباس: «أن جزوراً نحرت على عهد أبي بكر الصديق فجاء رجل بعناقٍ وقال: أعطوني جزوراً بهذا العناق فقال أبو بكر رضي الله عنه لا يصلح هذا». وروي أنه قال: «لا يباع حيّ بميت» فإذا تقرر هذا فبيع اللحم بالحيوان إن المأكول من جنسه لا يجوز ولو باع لحم الغنم بالبقر، قال صاحب «الإفصاح»: لا يجوز قولاً واحداً، وقال غيره: إن قلنا: اللحمان جنس واحد لا يجوز، وإن قلنا: أجناس فيه وجهان: [٥٨/ب] **أحدهما**: يجوز وبه قال مالك وأحمد وهو الصحيح لأن في الجنس لا يحرم التفاضل، **والثاني**: لا يجوز وهو ظاهر الخبر. وأثر أبي بكر الصديق رضي الله عنه نص فيه.

فرع آخر

لو باع بحيوان لا يؤكل كالحمار والبغل فيه قولان: **أحدهما**: لا يجوز لظاهر السنة، والثاني: يجوز وبه قال مالك وأحمد وهو القياس؛ لأنه لا ربا فيما لا يؤكل والعلة في المأكول أن هذا الحيوان قد يصير مثل ذلك اللحم.

فرع آخر

لو باع السمك بالشاة فيه وجهان بناء على أن السمك هل هو صنف من اللحم أم لا؟ واختيار الماسرجسي أنه يجوز لأنه لا يسمى لحماً على الإطلاق.

فرع آخر

لو باع اللحم بالسمك الحي، فإن قلنا: السمك من جنس سائر اللحوم لا يجوز، وإن قلنا ليس من جنسها فيه وجهان: **أحدهما**: لا يجوز لأنه لحم بحيوان، **والثاني**: يجوز لأن حي السمك في حكم ميته بخلاف الحيوان.

---

(١) أخرجه الدارقطني في «سننه» (٣/ ٧١)، وابن عبد البر في «التمهيد» (٤/ ٣٢٢)، وأبو نعيم في «الحلية» (٦/ ٣٣٤).

(٢) أخرجه ابن عبد البر في «التمهيد» (٤/ ٣٢٣).

فرع آخر

بيع الشحم بالحيوان أو الإلية به أو شرى، [٥٩/أ] وقد قال الشافعي في كتاب «الرهن الصغير» وإرسال ابن المسيب عندنا حجة وإنما خصه لمعنى في مراسيله وهو أنها مسانيد من طريق غيره ومراسيل غيره بقيت مقاطع إلى يومنا هذا فاحتجاج الشافعي واقع في الحقيقة بالمسند لا بالمرسل، وقد ثبت فيه قول المتقدم وهو ما روينا عن أبي بكر الصديق رضي اللّه عنه، ولأن مع هذا القول نوعاً من القياس وهو يقول: لأنه جنس فيه الربا بيع أصله الذي فيه مثله فلا يجوز. كما لو باع الدهن بالسمسم واللّه أعلم.

باب ثمن الحائط يباع أصله

قال[١]: أخبرنا ابن عيينة وذكر الخبر. إذا باع نخلاً عليها طلع لا يخلو إما أن يكون الطلع قد أبّر أو لم يؤبر فإن كان قد أبّر قال الشافعي: والتأبير أن يؤخذ شيء من طلع النخل فيجعل بين ظهراني طلع الإناث لتشتد برائحته وتقوى ولا يفسد ويكون لها صلاحاً بإذن اللّه تعالى، فهذا الطلع يكون للبائع ولا يتبع الأصل في البيع إلا أن يشترط المبتاع فيكون له بالشرط [٥٩/ب] وبه قال جماعة العلماء، وقال ابن أبي ليلى: وحده يكون للمبتاع بإطلاق العقد لأنها متصلة بالأصل اتصال الحلقة بالأغصان وهذا غلط لقوله ﷺ: «من باع نخلاً بعد أن تؤبر فثمرتها للبائع» إلا أن يشترط المبتاع[٢] ولأنه نماء ظهر من أصله فلا يتبع في البيع كالولد المنفصل وليس كالأغصان لأنه داخل في النخلة بخلاف الثمرة، وإن لم تؤبر فثمرتها للمشتري بإطلاق العقد إلا أن يشترطه البائع.

وقال أبو حنيفة: يكون للبائع أيضاً إلا «أن يشترطه المشتري» وبقولنا قال مالك وأحمد والدليل عليه ما ذكرنا من الخبر، وأيضاً روي أن رجلاً ابتاع نخلاً في عهد رسول اللّه ﷺ ثم اختلفا في الثمرة فقال البائع: الثمرة لي، لأنها أبّرت في ملكي فجعل رسول اللّه ﷺ الثمرة لمن أبرأت في ملكه» وإذا تقرر هذا لو تشقق الطلع بنفسه وظهرت الثمرة فحكمها حكم ما لو شققة الصفار ليظهر. واعلم أن الطلع أول ما يخرج يكون الكافور وهو الجف والقشر مكمماً [٦٠/أ] له أي مغطياً فإذا تشقق عنه الكافور ظهر العذق وحبه يكون صغاراً مثل الحمص أو دونه وإذا كان الحائط النخل فجاء حسل في ناحية الصبا وهبت الصبا وقت الإبار، فإن الإناث تتأبر بروائح طلع الفحاحيل. ثم قال الشافعي[٣]: فإذا جعل النبي ﷺ الإبار حدّاً لملك البائع فقد جعل ما قبله حداً لملك المشتري وقصد به الرد على أبي حنيفة ومعناه أنه ﷺ جعل الإبار حداً ليفصل بين ما قبله وبين ما بعده، فلا معنى للتسوية بينهما مع تفصيل رسول اللّه ﷺ.

فرع

لو باع الطلع وحده قبل تشققه قال أبو إسحاق: لا يجوز لأن المقصود معيب فيما

---

(١) انظر الأم (٢/١٥٩ - ١٦٠).

(٢) أخرجه البخاري (٢٣٧٩)، ومسلم (١٥٤٣/ ٨٠)، وأحمد (٢/٦، ٦٣، ٨٢)، والحميدي (٦١٣).

(٣) انظر الأم (٢/ ١٦٠).

لا مصلحة له فأشبه بيع الثوب في الجراب، وقال ابن أبي هريرة: يجوز لأن قشره من مصلحته وهو كالرمان والموز واللوز ولأن الطلعة مأكولة جملتها وهذا اختيار القاضي الطبري غير أنه حكي هذا القول عن أبي إسحاق، والآخر عن أبي هريرة وهو الأظهر عندي واختار أبو حامد الوجه الأول وقال: [٦٠/ب] هذا هو المذهب لأنه لا يؤكل بقشره وإنما يؤكل ما في جوفه. ولو كان كما قال القائل الآخر لكان في حكم الظاهر، ويكون للبائع ومن قال بالوجه الآخر أجاب عن هذا بأنه يتبع الأصل ويكون للمشتري، لأنه نماء كامن خلفه في الأصل وينتهي إلى الظهور فكان تابع للأصل ولكنه إذا أفرده بالبيع جعله مقصوداً بنفسه وجملته مأكولة فلا معنى للمبيع من بيعه بشرط القطع.

فرع آخر

الوجوه التي تملك بها النخل أربعة عقد معاوضة بالتراضي كالبيع والصلح والصداق فبيع الثمرة غير المؤبرة فيها أصلها فالبيع منصوص عليه والباقي مقيس عليه، ومعاوضة لا على التراضي كرجوع البائع بعين النخل عند الفلس فهل يمنع الثمرة غير المؤبرة فيه النخل وجهان: **أحدهما**: يتبع لأنه انتقال ملك بعوض كالبيع وهذا أظهر، **والثاني**: لا يتبع لأنه يزيل الملك بغير اختياره بخلاف البيع. وقيل قولان وعلى هذا إذا بيع الرهن جبراً على الراهن هل يتبع الأصل؟ فيه وجهان أيضاً وعندي هاهنا وجه [٦١/ أ] واحد أنه يتبع لأنه وجد منه الرضا بهذا البيع عند الرهن، وعقد ليس معاوضة ولكنه بالتراضي كالهبة والوصية فهل يتبع الأصل؟ فيهما قولان مخرجان والفرق بينهما وبين المعاوضة أن المعاوضة قويت في بابها لأجل العوض فنقلها مع الأصل وهذان ضعيفان في بابه لعدم العوض فلهذا لا ينقله مع الأصل.

وأصل هذا إذا رهن نخلاً عليها طلع لم تؤبر هل يتبع الأصل في الرهن؟ فيه قولان منصوصان، ومعناه أنه عقد إرفاق والهبة والوصية مثله وعلى هذا لو وهب من ولده نخلاً حائلاً فاطلعت في يده، فأراد والده الرجوع فيها فرجع هل يتبع الأصل؟ على هذين القولين المخرجين. **الرابع**: أن لا يكون معاوضة ولا تراضي كالطلاق قبل الدخول فلا يرجع الزوج في غير المؤبر بلا خلاف وليس فيه مناقضة لما ذكرنا لأن كلامنا فيما لو انتقل ملك النخل عن ملك مالكه وهاهنا كون الطلع فيه يمنع الزوج من الرجوع وليس هذا من ذاك الباب والفرق مذكور في كتاب «الصداق»، قال في «الحاوي»[1]: [٦١/ ب] وعلى هذا الولد لا يسترجع في الهبة من الولد غير المؤبر قولاً واحداً، لأنه لا معاوضة ولا تراضي.

مسألة: قال[2]: وأقلُ الإبارِ أن يؤبرَ بشيءٍ من حائطه وإن لم يؤبْر الذِي إلىٰ جنبه.

الفصل

الإبار مخفف لا يجوز بالتشديد ويقال: أبّر النخل يؤبر تأبيراً وأبرها يؤبرها إبراً، وإذا كان للرجل بستان فيه نخيل قد أبّر بعضها ولم يؤبر باقيها فالكل للبائع كما لو أبّر كلّه بدليل الخبر ولأنا لو جعلنا المؤبر للبائع وغير المؤبر للمشتري أدى إلى المشاركة، واختلاف الأيدي على

---

(١) انظر الحاوي للماوردي (٥/ ١٦٤). (٢) انظر الأم (٢/ ١٦٠).

الثمرة والخصومة التي لا تنقطع فجعلناها كالمؤبر كلها. فإن قيل: هلا ألحقتم المؤبرة بغير المؤبرة وجعلتم الكل كغير المؤبر؟ قلنا: لأن المؤبرة ظاهرة وغير المؤبرة باطنة والباطن يتبع الظاهر والظاهر لا يتبع الباطن ألا ترى أنه لو باع داراً بيعها يشتمل على ظاهر معلوم وباطن مجهول وهو أساس الحيطان وطي البير، فلو ألحقنا الظاهر بالباطن بطل البيع، وإذا ألحقنا الباطن بالظاهر صح [٦٢/أ] البيع فاعتبرنا حكم الظاهر وجعلنا الباطن المجهول تابعاً له كذلك هاهنا فإذا ثبت هذا متى أبّر شيء من الحائط وهي صفة واحدة كان كما لو أبّر كله ويكون الكل للبائع سواء كانت الثمرة نوعاً واحداً أو أنواعاً مختلفة، وسواء ظهر كل الطلع أو ظهر بعضه دون بعضٍ فثمرة هذا العام كلها للبائع نص عليه الشافعي.

وقال ابن أبي هريرة: الاعتبار بما كان ظاهراً وأما ما لم يكن ظاهراً وظهر في ملك المشتري وكان قد تأخر ظهوره فللمشتري ولا يكون للبائع وهذا غلط والخبر والمعنى الذي ذكرنا يدل عليه.

وقال في «الحاوي»(١): في المسألة وجهان، والصحيح ما قال ابن أبي هريرة والفرق بين ما لم يؤبر يجعل تابعاً لما أبّر إن ما لم يؤبر يصح عليه العقد ويلزم فيه الشرط فجاز أن يصير تابعاً للمؤبر بخلاف الطلع ولو صح ما ذكره القائل الآخر جاز مع ما لم يخلق من الثمار تبعاً لما خلق.

وقال ابن خيران: إن كان النوع واحداً فعلى ما ذكرنا وإن كانت أنواعاً فلكل نوع حكم نفسه فالنوع الذي لم يؤبر شيء منه يكون للمشتري [٦٢/ب] لأن الأنواع يختلف إدراكها وطلوعها اختلافاً ظاهراً متبايناً، وهذا إذا باع الكل المؤبر وغير المؤبر فأما إذا أفرد البيع نظر فإن باع النخلة التي قد أبرت بعضها فثمرتها للبائع وإن أفرد النخلة التي لم تؤبر بالبيع فيه وجهان: **أحدهما**: أنه للمشتري لأن المؤبر لم يدخل في عقد البيع فلا يستتبع غيره، **والثاني**: يكون للبائع لأن الحائط إذا أبّر بعضه فهو في حكم ما أبّر كله، ولو كان هناك حائطان متميزان فلكل حائط حكم نفسه، فإذا أبّر في أحدهما في دون الآخر فالذي أبّر شيء منه في حكم المؤبر كله دون الحائط الآخر، لأنَّا إنما جعلنا الحائط الواحد في حكم المؤبر كله لسوء المشاركة واختلاف الأيدي وهذا معدوم هاهنا؛ لأن كل حائط مفرد عن صاحبه، ولهذا قلنا: الشفعة فيما لم يقسم فإذا وقعت الحدود فلا شفعة.

ثم قال الشافعي(٢): «ولو تشقق طلع إناثه أو بعضها فهو في معنى ما أبّر كله» وقد ذكرنا أن التشقق بنفسه بمنزلة التشقيق وكل ذلك أبلغ وإنه يلتحق بالجنين يبرز عند الولادة [٦٣/أ] ويسقط فلا يتبع الأصل.

مسألة(٣): قال: وإن كانَ فيها فحولُ نخلٍ بعدَ أن تؤبرَ الإناثَ فثمرتَها للبائعِ.

إذا كان في حائطه فحول وإناث فإن باع الإناث وحدها قبل التأبير فثمرتها للمشتري على ما ذكرنا وإن باع الفحول وفيها طلع مفرد عن الإناث فإن كان مشققاً فهو للبائع

(١) انظر الحاوي للماوردي (٥/ ١٦٤).
(٢) انظر الأم (٢/ ١٦٠).
(٣) انظر الأم (٢/ ١٦٠).

وإن كان غير متشقق اختلف أصحابنا فيه فمنهم، من قال: هو للمشتري وهو ظاهر كلام الشافعي لأنه طلع لم يظهر ما فيه وقد يظهر كالإناث والمقصود من كل واحدٍ منهما ما في جوفه ويقال الماء في جوف طلع الفحل كثر وهو الذي يلقح به طلع الإناث. ومن أصحابنا من قال: يكون للبائع لأنه يؤكل على جهته فهو نفس الثمرة ودائها كالتين.

وقال صاحب «الحاوي»: هذا أصح، لأن طلع الفحل يوجد قبل إباره ويكون حال تناهيه طعاماً وهذان الوجهان مخرجان من اختلاف أصحابنا في طلع الإناث هل يقاس على الحمل قياس تحقيق أو قياس تقريب، فإن قلنا: قياس تحقيق لا يصير طلوع الفحول مؤبراً [٦٣/ب] اعتباراً بالعرف يصير طلع الفحول مؤبراً اعتباراً بالعرف وإن جمع بينهما بعقد واحد والحائط ففيه ثلاث مسائل: **أحدها**: إن كان طلع الإناث قد تشقق دون طلع الفحول فالكل للبائع بلا خلاف لأن من جعل طلع الفحول قبل التشقق كالظاهر من جوف الطلع إذا فرده بالعقد فبأن يجعل كذلك إذا باع ما تشقق أولى وإن لم يتشقق شيء من طلع الإناث ولا الفحول فالمذهب أن الكل للمشتري. وقال بعض أصحابنا: الإناث للمشتري والفحول للبائع وإن تشقق طلع الفحول دون طلع الإناث فعلى قول الشافعي: الكل للبائع، لأنه لا فرق بين الإناث والفحول، وعلى قول من فرق بينهما على ما ذكرنا: الإناث للمشتري والفحول للبائع وجملته أن عند الشافعي طلع الفحول وطلع الإناث بمنزلة طلع الحائط الواحد وعلى قول ذلك القائل بمنزلة طلع الحائطين. واعلم أنه اعترض معترض على الشافعي فقال: لا يقال فحل ولا فحول وإنما يقال: فحال للواحد وفحاحيل، وهذا لا يصح لأن قول الشافعي: [٦٤/أ] حجة في اللغة، وتردد به الشعراء:

تــأبَّــري مــن حَـنَـذٍ فـشـولـي إذا ضـنَّ أهـل الـنَّـخـلِ بـالـفـحـول[1]

فرع

لو باع نخلاً فيها طلع وحصل الطلع للمشتري بأن لا يكون مؤبراً أو كان مؤبراً فشرطه للمشتري ثم تلف ذلك الطلع في يد البائع قبل القبض. قال في «الأم»: للمشتري الخيار في فسخ البيع، لأنه نقص حصل في المبيع قبل القبض فإن اختار الرد فلا كلام، فإن اختار الإمساك فإذا أمسك قولان: **أحدهما**: بالحصة وهو الأصح، **والثاني**: بكل الثمن.

فإن قيل: هلا قلتم تمسكه بكل الثمن قولاً واحداً كما لو باعه عبداً فذهبت يده بأكلةٍ قبل القبض واختار المشتري الإمساك مسكه بكل الثمن قولاً واحداً. قلنا الفرق أن العبد عين واحدة لا تتقسط الثمن على أجزاء وهاهنا عينان فيسقط الثمن عليهما وتمسك الباقي حصته من الثمن.

فرع آخر

قال الشافعي: في الصرف[2] وإن باع [٦٤أ/ ٦] نخلاً قبل أن تؤبر فثمرتها للمشتري فإن شرطها للبائع جاز لأن صاحب النخل بذل له كينونة التمر في نخله حين باعه إياها،

---

(١) البيت لأحيحة بن الجلاح كما في لسان العرب (٣٣٥٨)، فحل، وأساس البلاغة (٢/ ١٧٨).

(٢) انظر الأم (٣/ ٢٨).

إذا اشترط أن يقطعها، فإن استثنى أن يقرها فلا خير في البيع لأنه باعه ثمرةً لم يبد صلاحها إلى أن يكون مقرة إلى وقت قد تأتي عليه الآفة قبله ثم قال: الاستثناء كالبيع يجوز فيه ما يجوز في البيع ويفسد فيه ما يفسد في البيع، وظاهر هذا أن البائع متى استثنى الطلع لنفسه قبل الإبار لم يجز إلا بشرط القطع، ولا يجوز مطلقاً كما لا يجوز شراها مطلقاً من دون شرط القطع وهذا لأنها خارجة من العقد بالشرط فاعتبر فيها حكم ما يعقد عليه العقد من اشتراط القطع ولم يذكر في «الحاوي»[1] غيره.

وقال: لو استثنى البائع نصف الثمرة بطل العقد لتعذر اشتراط القطع فيه، وقال سائر أصحابنا بالعراق أجمع أصحابنا على جواز هذا الاستثناء مطلقاً، وليس استثناءها ابتياعاً لها وتأوَّلوا في هذه المسألة على أنه أراد أن المشتري [٦٥/أ] اشترى النخل مطلقاً فصار هو والطلع له، ثم إن البائع اشترى منه الطلع في النخل فلا يجوز بغير شرط القطع، وقيل: روى حرملة إذا كان اشتراها على أن يقطعها ووقع الخطأ في النخل من غيره من اشترائها إلى استثنائها.

وقال القفال: نص الشافعي هكذا وأصحابنا اختلفوا على وجهين: **أحدهما**: ما ذكرنا، **والثاني**: لا يجب ذلك، لأنه استدامة الملك لا ابتداؤه وتأويل النص ما ذكرنا بدليل أن الشافعي قال: فإن رضي المشتري بتركها جاز، لأنه رضي بترك ما باع فدل أنه كان اشترى الكل ثم باع الثمرة وقال: يبتنى الوجهان عندي على الوجهين في أنه هل يجوز أن يستثني منفعة الدار المبيعة شهراً أو شهرين أو يبيع دابة ويستثني ظهرها ليركبها إلى بلد كذا؟ وفيه وجهان: **أحدهما**: يجوز كما لو باع ثم استأجر فعلى هذا يشرط هاهنا القطع، **والثاني**: لا يجوز، لأنه يصير بشرط تأخير تسليم المبيع فعلى هذا لا حاجة إلى شرط القطع لأنه استبقاء لا استثناء. وقيل: يبتنى على أصل آخر وهو: أنه [٦٥/ب] لو باع عبداً وله مال وقلنا: يملك العبد هل يستتبع هو ماله؟ قولان، وإذا قلنا يستتبع جعلنا ذكر العبد في العقد كذكره مع ماله فهاهنا يلزمه اشتراط القطع. كما لو باع ثم اشترى، وإن قلنا هناك لا يستتبع فهاهنا لا يلزمه اشتراط القطع.

مسألة: قال[2]: «والكرسفُ إذا بيعَ أصلهُ كالنخل».

الكرسف: القطن ويقال له: الكرسوف، والبرس، والقطن ضربان حجازي وخراساني والحجازي: شجر قوي يبقى سنتين فيطلع ويلقط كلما طلع، فهذا كالنخل سواء يجوز إفراده بالعقد مطلقاً، ومع الأرض فإذا بيع وحده أو مع الأرض فالجوز الذي فيه كالطلع إن كان قد ظهر القطن في بعضه فكلها للبائع، وإن لم يكن ظهر شيء فكلها للمشتري. وأما الخراساني: فإنه لا يبقى إلا سنة واحدة ثم يحصد كالباقلاء فلا يجوز إفراده بالبيع إلا على شرط القطع، وإن باع الأرض معه صح وإذا باع وحده بشرط القطع أو مع الأرض نظر فإن كان الجوز الذي فيه [٦٦/أ] رطباً ضعيفاً لم يقو ما فيه فالبيع جائز وذلك لا يجوز كالحشيش يكون للمشتري وإن كان الجوز الذي فيه قوي واشتد فالبيع باطل سواء ظهر بعضه أو لم يظهر منه شيء لأنه مقصود بالبيع مجهول فهو

---

(١) انظر الحاوي للماوردي (٥/ ١٦٦).

(٢) انظر الأم (٢/ ١٦١).

كبيع الزرع في سنبله وإن تشقق الجوز وظهر كل الجوز يجوز بيعه بلا إشكال.

مسألة: قال[١]: «ويخالف، الثمارَ من الأعنابِ وغيرها النخلُ».

الكلام الآن فيما يتبع الأصل بإطلاق البيع وما لا يتبع وجملته: أن النبات على ثلاثة أضرب شجرة وما في معناه وزرع فالشجر على ثلاثة أَضرب: ما يقصد ورده وما يقصد ورقه وما يقصد ثمره أما ما يقصد ورده فالورد الأبيض والأحمر والأصفر والياسمين ونحو ذلك فإذا بيع أصله نظر، فإذا كان قبل أن يطلع فما يطلع بعده يكون للمشتري وإن كان قد أطلع فعلى ضربين، ضرب في كمام ينفتح وهو الورد فما ظهر من الورد من كمامه فهو للبائع لأنه نماء ظاهر وما لم يكن ظهر من كمامه فهو للمشتري لأنه [٦٦/ب] نماء لم يظهر. وحكي عن أبي حامدٍ أنه قال: ظاهر كلام الشافعي أنه للبائع، وإن كان في كمامه وهذا غير صحيح والقياس ظاهر فيما ذكرنا لأنه يكون كالطلع غير المؤبر.

والضرب الثاني: ما يخرج بارز الأكمام عليه ثم يكبر وتتفتح كالياسمين فإن كان الورد قد برز فللبائع وإن لم يكن برز فإنه يحدث في ملك المشتري. وأما البنفسج فهو في معنى الورد، لأن أصله يبقى سنين ويخرج الجوز منه ثم ينفتح ويظهر فإن كان لم يتفتح فللمشتري. والنرجس كذلك، لأنه يبقى سنين ومن أصحابنا من قال: هو بمنزلة الزرع لأنه يحول كل سنة. وأما ما يقصد ورقه وهو التوت ويسمى الفرصاد فإن لم يكن ورقه ظهر فهو للمشتري وإن كان قد ظهر فيه وجهان.

قال أبو إسحاق: هو للبائع، لأن الورق المقصود كالثمرة المقصودة وهذا أصح ومن أصحابنا من قال: هو للمشتري لأن له ثمرة مقصودة خاصة التوت الشامي فورقه كسائر الأوراق وكالأغصان.

ومن أصحابنا من قال: [٦٧/أ] إن كان شامياً يقصد ثمره دون ورقه فلا اعتبار بظهور ورقه، وإن كان يقصد ورقه فإنه يبدو في عقده ثم ينفتح عنها فإن كان في عقده تبع الأصل وإن انشقت العقد وظهر ورقها لم يتبع الأصل وكان للبائع وهو قريب من قول أبي إسحاق. وقال القاضي أبو حامد في «جامعهِ»: قد قيل: ورق التوت يباع إذا خرج من كمامه وبه يبدو صلاحه. وقال النخعي وعطاء: يباع إذا صار مثل أرجل البط وهو بدو صلاحه، وأما الحناء فيقصد ورقه أيضاً بعد تفرخ أغصانه من غير أن يكون في عقده سفح عنها فإذا بدا ورقه بعد التفريخ ثم باع شجره كان في حكم النخل المؤبر فيكون للبائع.

أما ما يقصد ثمرته فعلي خمسة أضرب:

أحدها: ما يظهر ثمرته بعينها ترى في أولها كما ترى في آخرها لا حائل دونها من كمام ولا قمع كالتين فإذا باع أصله فإن كانت قد ظهرت ثمرته فهي للبائع وإن لم يكن ظهرت فللمشتري وكذلك العنب.

والثاني: ما يخرج في كمام ولا يزال عنه الكمام إلا [٦٧/ب] عند الأكل، وهو

---

(١) انظر الأم (٢/ ١٦١).

الرمان واللوز يظهر في كمامه ولا يزال يكبّر الكمام ويرى في أوله كما يرى في آخره، فإذا باع الأصل وقد ظهر شيء من هذا فهو للبائع لمعنيين، **أحدهما**: معنى الشافعي وهو أنه يخلق في قشره وبقاؤه فيها من مصلحته وإنما يزال عنه القشر عند الأكل، والثاني: ما ذكره أصحابنا وهو أن هذا يقشر نفس الثمرة فإنه يدخر عليها وإنما تزال عنه القشرة عند الأكل ويباع بقشره فهو كالتين.

والثالث: ما يخرج في كمام ثم ينشق الكمام وتظهر الثمرة وهو النخل وقد ذكرنا حكمه.

والرابع: ما يظهر وعليه قشرتان عليا وسفلى وهو الجوز والرانج واللوز كل هذا يخرج وينعقد وعليه قشرتان تتشقق العليا منهما وتظهر الثانية التي تلي اللب نص الشافعي عليها في «الأم» فقال: إذا باع رجل أرضاً فيها شجر رمان وجوز ورانج وغيره مما دونه قشر يواريه إذا ظهرت ثمرته بثمرته للبائع، إلا أن يشترطها المبتاع فسوَّى بينها وبين الرمان وجعل [٦٨/أ] كلها للبائع.

وقال أصحابنا: أراد الشافعي إذا تشققت القشرة العليا عن الجوز واللوز وبقيت السفلى فتكون في هذه الحالة كالرمان لا يتبع الأصل لأن بقاء هذا القشر من مصلحته لا يزال عنه إلا وقت الحاجة إلى أكله، فأما إذا كانت عليه القشرة العليا بحالها يكون للمشتري لأن تلك القشرة تزول عنه فهو كالطلع غير المؤبر ولم يذكر في «الحاوي»[١] غير هذا.

وقال أبو حامد مثل هذا، وقال: يحتمل أن الشافعي لم يعلم أن للجوز واللوز قشرتين عليا وسفلى، لأنه ليس بالحجاز شجر الجوز واللوز فحمل أمره على أن له قشرة واحدة، ولهذا قال الشافعي حين جمع بين هذه الأشياء التي دونها حائل لا يزال عنه إلا وقت الحاجة إلى أكله، فهو في معنى ما تخرج ثمرته بارزاً وهذه صفة القشرة السفلى دون العليا ويفارق الطلع، لأنه يتشقق في شجره وتحصل ثمرته بخلاف هذا. ورأيت القاضي الطبري ذكر الجوز مع التين في تصنيفه في المذهب والخلاف وهو ظاهر كلام [٦٨/ب] الشافعي والأقيس ما تقدم.

والخامس: ما يظهر ورده أولاً ثم يتناثر وتنعقد ثمرته كالتفاح والسفرجل والإجاص والخوخ ونحو ذلك. وقال أبو إسحاق: وعصيره إذا بيع أصل هذه الثمرة وكان الورد عليها لم يتساقط عن الثمرة ولم يظهر بعد، فهو كالطلع الذي لم يؤبر يكون للمشتري وإن كان الورد قد تناثر وظهرت الثمرة يكون للبائع.

وقال القفال: إذا تحبب ثمارها فللبائع. وإن كان النور باقياً عليها وإن لم تحبب فالنور كالورق. وقال أبو حامدٍ: الذي يجيء على المذهب أن النوْر يكون للبائع كالطلع الموبر، لأن الشافعي قال: ويخالف الثمار من الأعناب وغيرها النخل فكل ثمرة تخرج بارزة فهي بمنزلة الطلع المؤبر، وأراد به أن سائر الثمار من العنب وغيره تخرج ثمرتها وعليها ورد ويشاهد من بين ذلك الورد ثم يتساقط الورد عليها وتبقى الثمرة وتكبر فهي بمنزلة الثمرة البارزة من الطلع والدليل على هذا أنه لا خلاف أن الطلع إذا أبّر يكون للبائع والطلع إذا أبّر لم تظهر الثمرة بل ظهر منها ما يجري مجرى

---

(١) انظر الحاوي للماوردي (١٦٨/٥).

[٦٩/أ] شجر البائع إلى أوان الجذاذ، وبه قال مالك وأحمد.

وقال أبو حنيفة: يلزم البائع والمشتري قطعها في الحال فإن امتنع أجبر عليه وهذا غلط لأن النقل والتفريع للمبيع يجب على العرف والعادة كما لو باع داراً مشحونة بالأمتعة والطعام لا يجب نقلها إلا على العادة شيئاً بعد شيء في النهار دون الليل كذلك هاهنا، فإن قيل: هذا في معنى استثناء منفعة المبيع لنفسه وذلك لا يجوز، قلنا: هذا لا يجوز شرطاً فأما إذا ثبت العرف فيه جاز شرعاً، كما لو باع أمةً من وجه يصح ومنافع البضع للزوج في معنى الاستثناء شرعاً كذلك هاهنا.

فإذا تقرر هذا فإنما له ذلك على ما جرت به العادة بالنقل عن الشجرة، فإن كان عيناً نقله إذا استحكمت حلاوته، وإن كان فاكهة نقلها لفظها إذا تناهى إدراكه، وإن كان نخلاً فكذلك حين تتناهى حلاوته إلا أن يكون مما يؤكل بسراً وبسره حيز من رطبه كالحيسوان فإنه تجده حين يستحكم حلاوة بسره لأن هذا هو العادة.

قال في الأم: فإن استحكم حلاوته فعليه نقله، وإن [٦٩/ب] قبل إبقاؤه في شجرة خير له وإبقاء له لأن عادة النقل قد حصلت فليس له التبقية كما لو اشترى داراً فيها بز فعلى البائع نقله، وإن كان بقاؤه في هذه الدار حرز له كذلك هاهنا.

مسألة: قال(١): «وإذا كانَ لا يصلحها إلا السقيُ فعلىٰ المشتري تخلية البائع».

إذا حصلت الثمرة للبائع والشجر للمشتري فأراد أحدهما السقي وامتنع الآخر لم تخل من أربعة أحوال: إما أن يضر بالنخل والثمرة معاً أو لا يضر بهما وينفعهما أو يضر بالنخل دون الثمرة أو بالثمرة دون النخل. فإن كان يضر بهما وهذا إنما يتصور في غير النخل فأما النخل فينفعه السقي أبداً، فأيهما طلب السقي لم يجبر الآخر عليه لأنه سفه وتضييع، وإن كان السقي ينفعهما فأيهما طلب أجبر الآخر عليه، لأنه لا فائدة في الامتناع مما ينفعه ولا يضره.

وقال في «الأم»: وإن اختلفا في عدد السقي فقال أحدهما: كل عشرة أيام، وقال الآخر: أكثر رجعنا إلى أهل الخبرة ويعمل على ما جرت ولا فرق بين أن يكون الطالب البائع والممتنع المشتري أو الطالب [٧٠/ أ] المشتري والممتنع البائع.

فإن قيل: هلا قلتم السقي أبداً على المشتري، لأنه صاحب الأصل ومالك الشجرة والثمرة لغيره كما قلتم فيمن باع ثمرة نخله، فالسقي على البائع حتى يستوفي المشتري؟ قلنا: الفرق أنه إذا باع ثمره فعليه إقباضها وتسليمها على التمام وسقي الأرض من تمام الإقباض فكان السقي عليه وهاهنا الثمرة وقعت مستثناة للبائع على ملكه ولكنها باقية علي شجرة المبتاع، وليس على المشتري إقباضها ولا تسليمها لأنه ما باع فلهذا لم يكن السقي عليه ثم ينتظر، فإن سقيا معاً فالأجرة عليهما وإن سقى أحدهما دون الآخر فالأجرة على الذي تولى السقي دون الآخر وإن كان السقي يضر بالنخل وينفع الثمرة فأراد البائع السقي. قال أبو إسحاق: يقال للمشتري: أتسمح بأن يمكنه من السقي وإن

(١) انظر الأم (٢/ ١٦٢).

أضرَّ بك؟ فإن فعل أقر العقد بينهما وإن قال: لا أسمح قيل للبائع أتسمح بترك السقي وإن أضر بك؟ فإن فعل أقر العقد بينهما، وإن قال: لا أسمح فسخ العقد بينهما لأنه ليس أحدهما بإدخال الضرر عليه بأولى من الآخر.

وقال ابن [٧٠/ ب] أبي هريرة: يجبر الممتنع على التمكين من السقي لأنه دخل في العقد على البائع ببقية الثمرة إلى وقت الجذاذ، وهو يعلم أن الثمرة تحتاج إلى السقي فلزمه الرضا بذلك. وإن كان يضر بالثمرة وينفع النخل فعلي الوجهين قال أبو إسحاق: على التفضيل.

وقال ابن أبي هريرة: يجبر البائع على التمكين منه، لأنه دخل في العقد على هذا وأيهما سقى فالأجرة عليه لأن المنفعة حصلت له فإذا تقرر هذا قال الشافعي[1]: وإنما له من الماء ما فيه صلاح الثمرة لأن البائع متى وإلى السقي بعد السقي مجاوزاً للحد أضرَّ بالأشجار وكما يتضرر بالعطش المفرط كذا يتضرر بالري المفرط.

فرع

لو انقطع الماء وعطشت الثمرة وتركها على الأصل يضر بالأصل فطالبه المشتري بقطعها فإن كان ضرراً يسيراً لم يلزمه القطع، وإن كان ضرراً كبيراً يخاف من جفاف النخل أو نقصان حملها.

قال في «الأم»: فيه قولان: **أحدهما**: لا يجبر البائع عليه، لأنهما سواء في الحق والمشتري دخل في العقد على هذا، **والثاني**: يجبر عليه وهو الصحيح لأنه ممنوع من الإضرار [٧١/ أ] بالمشتري في الأصول التي باعها وضرر الأصول أكثر.

مسألة: قال[2]: وإن كانت الشجرةُ مما تكون الثمرةُ فيه ظاهرةً ثم يخرجُ منها قبلَ أن تبلغَ الخارجةَ ثمرة غيرها.

الفصل

ذكر المزني هاهنا مسألتين. **إحديهما**: إذا باع شجرةً عليها ثمرة ظاهرة فالثمرة للبائع فلم يأخذ البائع الثمرة حتى حدثت ثمرة أخرى واختلطت بالخارجة اختلاطاً لا يتميز، هل يبطل البيع أم لا؟ **الثانية**: إذا باع الثمرة دون الشجرة فملكها المشتري ولم ينقلها حتى حدثت أخرى واختلطت بالمبيع اختلاطاً لا يتميز هل يبطل البيع أم لا؟ وينبغي أن يتكلم على الثانية ثم على الأولى وهي إنما يكون في التين والباذنجان والقثاء والخيار والبطيخ يتبع الظاهرة منها، ثم تحدث أخرى فتختلط بها فإذا اختلطت بها نُظِر، فإن تميزت الخارجة من الحادثة وهي عبارة الشافعي، تسمى الأولى: خارجة. والثانية: حادثة، فالخارجة للمشتري والحادثة للبائع ولا كلام.

وإن اختلطت فلم تتميز إحداهما عن الأخرى فهل ينفسخ البيع أم لا؟ فيه قولان بلا خلاف [٧١/ ب] بين أصحابنا. قال في «الأم» و«الإملاء»: البيع باطل والثاني حكاه الربيع لا يبطل وجه الأول: أنه تعذر تسليم المبيع المستحق بالعقد، لأن البائع لا

---

(١) انظر الأم (٢/ ١٦٢).

(٢) انظر الأم (٢/ ١٦٢).

يمكنه إقباض المبيع وحده ولا يجبر على تسليم غيره فأشبه إذا مات العبد المبيع قبل القبض فإن قيل: لم يتعذر تسليمه لأن البائع يسلمه مع الزيادة قيل: لا يجبر البائع على تسليم الزيادة ولا يمكنه التسليم بدونها فثبت العذر ولأن البائع لو بذل مع الزيادة لا يجبر المشتري على قبوله فثبت التعذر. ولأن البائع لو بذل مع الزيادة لا يجبر المشتري على قبوله فثبت أنه تعذر ذلك.

ووجه القول الثاني: وهو اختيار المزني أن المبيع بحاله وإنما يضاف إليه غيره على وجه لا يبين وهذا لا يوجب بطلان البيع كما لو كان المبيع عبداً صغيراً فكبر أو ثمرة فزادت وهذا القائل يقول: إذا بدل البائع الزيادة يلزم القبول لأنه غير متميز عن المبيع، لكنه عين أخرى لا يلزمه القبول، لأنها متميزة عن ملكه فإذا قلنا بالقول الأول فلا كلام، وإذا قلنا بالقول الثاني [٧٢/أ] يقال للبائع: أتسمح بالحادثة مع الخارجة للمشتري؟ فإن قال: نعم أجبرنا المشتري على قبوله وإن أبى لا يقال للمشتري: أتسمح بترك الخارجة للبائع؟ لأن الخارجة كل المبيع فلا يقال له: دع المبيع كله، ولكن يفسخ العقد.

وأما المسألة الثانية ـ وهي الأولى في الكتاب ـ: إذا باع شجرة التين وفيها تين ظاهر فالبيع صحيح، والشجرة للمشتري والثمرة للبائع ولم ينقل البائع الثمرة حتى ظهرت الثانية فإن تميزت فالثانية للمشتري لأنها حدثت في ملكه ولا كلام. فإن قيل: هلا قلتم الحادثة للبائع أيضاً كما قلتم في نخلٍ أبر بعضه؛ فالثمرة للبائع وما يظهر من بعد له أيضاً في أحد الوجهين؟ قلنا: الفرق أن ثمرة النخل في العام واحدة فلا يتبع بعضها بعضاً لأنها لا تحمل في السنة إلا مرة، فكانت كلها للبائع وهاهنا التين يحمل حملين بطناً بعد بطن فكانت الأولى: للبائع، والثانية: للمشتري وإن لم تتميز إحداهما عن الأخرى هل يبطل البيع؟ قال المزني: إنها على قولين كالمسألة قبلها. واختلف أصحابنا فيها على طريقين، قال ابن خيران: [٧٢/ب] وصاحب «الإفصاح»: لا يبطل البيع هاهنا قولاً واحداً وغلط المزني في النقل لأن الشافعي ذكر القولين في المسألة التي ذكرناها فنقل الجواب إلى هذه المسألة وهذا لأن في تلك المسألة اختلط المبيع بغير المبيع، وهذا اختلط غير المبيع بغير المبيع لأن الخارجة غير مبيعة ولكنها بقيت على ملك البائع والحادثة ملك المشتري وهي غير مبيعة وإنما المبيع الشجرة ولكنه يملك الثمرة بملك الشجرة واختلاط غير المبيع بغير المبيع لا يوجب بطلان البيع، كما لو باع داراً فيها طعام فاختلط هذا الطعام بطعام للمشتري بعد البيع لا يبطل البيع، كذلك هاهنا.

قال ابن خيران: ولكن تأويل ما نقله المزني أنه أراد إذا باع الشجرة وملك المشتري الشجرة وبقيت الثمرة للبائع، ثم اشترى المشتري ثانياً تلك الثمرة ثم ظهرت الحادثة فاختلطت بها فهاهنا يختلط المبيع بغير المبيع فهي مسألة القولين. وقال عامة أصحابنا: المسألة على قولين كما نقله المزني لأن الشافعي نص في «الأم» على القولين وذكر ما يدل [٧٣/أ] على القولين في هذه المسألة فقال: الخارجة للبائع والحادثة للمشتري فلو كان المبيع هو الثمرة لقال: الخارجة للمشتري والحادثة للبائع.

وقال أيضاً: يقال للبائع: أتسمح بتسليم الحادثة للمشتري؟ فإن فعل وإلا قيل

للمشتري: أتسمح بتسليم الخارجة للبائع؟ فلو كان المبيع هو الثمرة الخارجة لم يصح أن يقال: أترضى بتسليم الخارجة للبائع؟ لإنهاء كل المبيع فثبت نص الشافعي على قولين في هذه المسألة، والدليل على هذا أن من اشترى شجرةً فالمقصود ثمرتها ولا فرق بين أن يختلط المبيع بغير المبيع أو المقصود بالبيع بغيره أو نقول: الحادثة هاهنا من توابع المبيع ولا فرق بين اختلاط البائع بالبيع وبين اختلاط نفس المبيع لأن تسليمهما واجب بحق العقد وبهذا فارق إذا باع داراً فيها طعام فاختلط ذلك الطعام بطعام المشتري لأن ذلك ليس بتابع للبيع ولا مقصوداً بالعقد بخلاف هذا.

وأما تأويل ابن خيران فغلط لأن هناك وإن اختلط المبيع بغير المبيع إلا أن كله للمشتري واختلط ملكه بملكه فلا يؤثر [٧٣/ ب] في المبيع أصلاً فإذا قلنا: البيع باطل فلا كلام، وإذا قلنا صحيح يدعى كل واحدٍ منهما إلى ترك حقه من الثمرة إلى صاحبه فإن فعل أحدهما ذلك جاز البيع وإلا فسخ العقد على ما نص في «الأم».

وحكي عن ابن خيران: أنه إذا لم يسمح واحد منهما فالقول قول من في يده في القدر الذي يستحقه صاحبه منها ولو علما جميعاً أن البائع لا يمكنه قطع ثماره حتى تخرج ثمار المشتري فتختلط بملك البائع كان البيع من الأصل باطلاً، لأنهما تعاقداه مع تبين العجز عن التسليم إلا مع الخصومة الواقعة بينهما، ولو شرط أن يقطع ثمره في الحال قبل أن يخرج الجديد للمشتري يصح البيع.

وقال الربيع: فيه قول آخر: لا يبطل البيع في هذه الصورة ولكن يقال عند حدوث الزيادة للمشتري وللبائع: أتسمح بترك حقك؟ على ما ذكرنا وهذا خلاف النص. والربيع أخذ هذا من أحد القولين فيه إذا باع قرطاً جزه فلم يجزه المشتري حتى زادت فيه قولان وغلط في هذا لأن القرط يباع بشرط القطع والقدر الذي تناوله العقد يمكن [٧٤/ أ] تسليمه في الحال معلوماً معيناً وإنما يخاف التعذر بما سيكون وربما لا يكون وهاهنا وقع العقد على الشجرة والثمرة موجودة يقتضي تبقيتها للبائع إلى وقت الجذاذ فإذا علم اختلاطها بغيرها حالة العقد فقد عقد مع يقين العجز عن التسليم بالاختلاط فيبطل العقد ووزانه من تلك المسألة: أن لو باع بشرط أن يقطع البائع ثمرتها في الحال فلا يبطل البيع على ما ذكرنا.

فإذا تقرر هذا ففيما نقل المزني إشكال وذلك أنه حكى هذه المسألة ثم عطف عليها وهكذا قال في بيع الباذنجان في شجرة والخربز وهذه الصورة بخلاف الصورة الأولى فكيف يحسن عطفها عليها، لأن المبيع في الصورة الشجرة فلا يكون اختلاط المبيع بغير المبيع، وفي الثانية: اختلط المبيع بغير المبيع وإزالة هذا الإشكال أن يقال: إنما استجاز العطف هكذا لمشابهتهما في المعنى وذلك أن البائع إذا باع الشجرة واستبقى الثمرة وحدثت ثمرة أخرى للمشتري فقد اختلط حق المبيع بحق غير المبيع وإن لم يختلط العين بالعين وذلك [٧٤/ ب] الحق حق السقي، لأن سقي الثمرة القديم على البائع وسقي الحادثة على المشتري وربما يتنازعان في ثمن الماء، فصار هذا كاختلاط المبيع بغير المبيع.

وإذا تقرر هذا فرّع المزني على هذه المسألة فرعين أحدهما قال: وهكذا إذا باع قرطاً

جزه فلم يقطع حتى طال القرط، والقرط هو: الرطبة قرط وقضب وقت. وقال الأزهري: القرط هو هذا القت الذي يسميه أهل هراة الغورية وهو لا يستخلف إذا جز كما يستخلف القت الصغار للورق، وجز القت حصده، فإذا قال: بعتك هذا القرط لم يجز إلا بشرط القطع فإن توانىٰ المشتري ولم يقطع حتى طالت وغلظت لم يجبر البائع على التسليم ولكن هل يبطل العقد؟ فيه طريقان: **أحدهما**: لا يبطل البيع قولاً واحداً ولكن يقال للبائع: أتسمح؟ فإن سمح وإلا فسخ العقد لأن هذه زيادة غير متميزة كسِمَن العبد وكبره، ويفارق الثمرة، لأنها أعيان متميزة اختلطت بغيرها فكان حكمها أغلظ، **والثاني**: وهو الصحيح. المسألة على قولين لأنه اختلط بالمبيع غيره وهذه الزيادة تجري [٧٤ب/ ٦] مجرى الزيادة المتميزة بدليل أنه لا يجبر البائع على تسليمها وسِمَن العبد وكِبَره يكون للمشتري لا حق للبائع فيه، ولأن السمَن في الصورة لا يتميز وهاهنا زيادة الخلقة والورق والأغصان في الصورة يتميز فإن قيل: أليس لو اشترى طلعاً فزاد كان للمشتري فقولوا في زيادة القرط مثله؟ قيل: الفرق أن تلك الزيادة تحدث من نماء الطلع الذي هو ملكه فكانت له وهاهنا الزيادة تحدث من الأصول التي هي ملك البائع فكانت له.

والفرع الثاني قال: وهكذا لو باع حنطة فانثالت عليها حنطة أخرى فإن كان قبل القبض فيه قولان أيضاً بلا خلاف بين أصحابنا كمسألة الثمرة. ونص في «الأم» و«الإملاء»: أنه يبطل. فإذا قلنا لا يبطل فإن سلم الكل إلى المشتري فلا خيار له، وهل يجبر على قبوله؟ وجهان، وإن امتنع البائع من بذله فله الخيار. وإن كان بعد القبض فالعقد صحيح قولاً واحداً، فإن كان في يد البائع بأن يكون قبضها من البائع ثم أودعها عنده فالقول قول البائع في مقدار طعام المشتري لثبوت يده عليه، وإن كان في يد المشتري [٧٥أ/ ٦] فالقول قول المشتري في مقداره لثبوت يده عليه وهذا لأن القبض إذا حصل فقد استقر العقد فلا يضر الاختلاط بعده، وهكذا في مسألة الثمرة لو جذ المشتري الثمرة وردها إلى الجرين بثمرة البائع لا يبطل البيع قولاً واحداً لأنه استقر البيع بالتسليم بدليل أنه لا ينفسخ البيع في تلك الحالة بالتلف وليس كذلك ما دامت على الشجرة لأن التسليم غير تام فيها، ألا ترى أنه لو عطشت الثمرة كان على البائع سقيها؟.

فإذا تقرر هذا اختار المزني في مسألة الثمرة أن يفرق بين ما قبل القبض وبعده كما في مسألة الحنطة، إذا انثالت عليها حنطة أخرى، وهو قول أبي حنيفة أيضاً، فقال: إن كان قبل القبض بطل، وإن كان بعد القبض لا يبطل ويقتسمانه، فإن اختلفا في قدر حق كل واحدٍ منهما فالقول قول من في يده. قلنا: الفرق أن الحنطة إذا قبضت انقطعت العلقة بينه وبين البائع وتم القبض واستقر. وفي الثمرة لا يتم القبض بالتخلية، لأن على البائع إكمال الإقباض على ما ذكرنا من سقي الشجرة حتى تجد الثمرة [٧٦/أ] ولو لحقها عطش كان للمشتري الخيار، فكان الاختلاط بعد القبض وقبله سواء هناك.

ومن أصحابنا من قال في مسألة الحنطة قبل القبض: بطل البيع قولاً واحداً لأن الشافعي جعلها دليل أحد القولين في اختلاط الثمار وهذا أصح.

فرع

لو باع شاةً فاختلطت بقطيع لا يتميز، المذهب أنه يبطل البيع ويفارق الحنطة، لأن

هناك الإساغة لا تمنع البيع وهاهنا الاشتباه مانع من العقد حتى لو قال: بعتك شاةً من هذا القطيع لا يجوز، وقيل: لا يبطل لأنه يمكنه التسليم بأن يقبض الكل وتقرر الحكم في المبيع، ويكون حكمه حكم من اختلطت شاته بقطيع لإنسان، وهذا لا يصح، لأن الشرط في القبض يتسلط به على المقبوض ويتمكن من التصرف وهذا لا يوجد بقبض الجملة.

مسألة: قال[١]: «وكلُّ أرضٍ بيعتْ فللمشتري جميعُ ما فيها من بناءٍ وأصلٍ والأصلُ ما له ثمرةٌ بعد ثمرة».

الفصل

في اللفظ خلل، لأنه يوهم أن البناء خارج عن عمارة الأصل لأنه استأنف تفسير الأصل فقال: والأصل ما له ثمرة بعد ثمرة.

وقال بعض [٧٦/ب] أصحابنا: لفظ الشافعي فللمشتري جميع ما فيها من أصل والأصل كل بناء وشجر له ثمرة بعد ثمرة والأول أظهر ولم يرد الشافعي بهذا إخراج الأشجار غير المثمرة عن هذا الحكم، ولكنه أراد أن الزرع ليست من جملة الأصل لأنها تثمر مرة ثم تتلف حتى يزرع غيرها.

فإذا تقرر هذا فباع أرضاً لا يخلو إما أن يقول: بعتك هذه الأرض بحقوقها فدخل في البيع جميع ما في الأرض من البناء والشجر، وإما أن يقول: بعتك هذه الأرض مطلقاً، قال الشافعي: يدخل في البيع جميع ذلك، وقال في الرهن: لا يدخل في الرهن إلا البناء والشجر، واختلف أصحابنا فيه على ثلاثة طرق: فمنهم من قال: فيها قولان: **أحدهما**: لا يدخل فيهما لأن اسم الأرض لا ينطلق على ما فيها، **والثاني**: يدخل فيهما لأنه متصل بها فهو كأجزائها، ومنهم من قال: المسألة على حالين فإن قال: بحقوقها يدخل فيها، وإن أطلق لا يدخل فيهما، ونص الشافعي في الرَّهن عند الإطلاق ومنهم من فرق بينهما وحمل النصين على ظاهرهما، والفرق أن البيع يزيل الملك فاستتبع حقوق [٧٧/ أ] لقوته، والرهن لا يزيل الملك فلم يستتبع، وهذا هو الصحيح واختاره القاضي الطبري وجماعة، فإن قيل: أليس لو باع النخل لا تدخل فيه الثمرة، وإن كانت متصلة فكذلك البناء؟ قلنا: الفرق أن الثمرة لا تراد للبقاء فليست من حقوقها بخلاف البناء والشجر.

فرع

لو قال: بعتك هذا البستان يدخل في البيع الأرض وما فيها من الأشجار أجمع، لأنه يسمى بستاناً بجميع ذلك، ألا ترى أنه إذا أزيل عنها الأشجار لا يسمى بستاناً، وأما البناء الذي فيها والجدار المحيط بها على الطرق التي ذكرناها. وقال بعض أصحابنا: يدخل فيها الجدار المحيط بها قولاً واحداً، لأن البستان اسم لجميعها وهو ضعيف عندي، ولو قال: حائط بستان فالجدار المحيط به يدخل في البيع، فإن كان في إخلاله بناء فعلى الطرق.

---

(١) انظر الأم (٢/ ١٦٥).

فرع آخر

لو قال: بعتك هذه القرية دخل في البيع ما يحيط به البناء من البيوت والدكاكين والحمام، ولا يدخل ضياعها ولا بساتينها، ولو كان في جوف القرية غرس فعلى الطرق، ولو قال: بعتك هذه القرية بحقوقها دخل الغراس والبناء الذي في [٧٧/ ب] جوفها دون المزارع لأنها ليست من حقوقها فلا يدخل إلا أن يقول: بمزارعها أو بأراضيها.

فرع آخر

لو باع أرضاً فيها دولاب للماء فيه وجهان: **أحدهما**: يدخل في البيع لاتصاله بها ولأن فيه كمال منافعها ويجري مجرى أبواب الدار المبيعة، وإن لم يكن من جنسها، **والثاني**: لا يدخل كما لا يدخل بقره الدولاب ولا خشبه الزرنوق، وقال بعض أصحابنا: إن كان الدولاب صغيراً يمكن نقله صحيحاً على حاله بغير مشقة لم يدخل، وإن كان كثيراً لا يمكن نقله صحيحاً إلا بالتفصيل أو بمشقة غالبة دخل، لأنه نصب للبقاء كالشجر.

فرع آخر

لو كان في الأرض رحى الماء دخل بيت الرحى وبناؤه، وفي حجارة الرحى ثلاثة أوجهٍ: **أحدها**: يدخل علواً وسفلاً لأنها من تمام المنافع، **والثاني**: لا يدخل أصلاً لامتيازها، **والثالث**: يدخل السفل دون العلو لانفصاله. وأما دولاب الرحى الذي يديره الماء فيدير الرحى يتبع الرحى وإلحاقه بالسفل أولى من إلحاقه بالعلو.

فرع آخر

لو كان فيها سماد فللبائع إلا أن يكون قد بسط [٧٨/أ] في الأرض واشتغل

فرع آخر

لو قال: بعتك هذه الدار ودخل في البيع جميع ما هو مركب فيها ومبني من السقوف والأبواب والرفوف المركبة والدرج المعقودة والأوتاد المغروزة، فإن كانت الرفوف موضوعة على الأوتاد غير مسمرة ولا مغروزة في البناء لا يدخل في البيع.

وقال بعض أصحابنا بخرسان: الرفوف لا تدخل أصلاً لأنها أثبتت بالاستقرار دون الإسمار، وقال أبو حنيفة: يدخل فيها ما كان داخلاً من الحقوق دون الخارج، وإن كان متصلاً بها، ولهذا احترز الشرطيون في الوثائق فقالوا: وكل حق هو خارج منها وهذا قول بخلاف الإجماع، والتعليل بالاتصال يوجب التسوية بين الأمرين وقال زفر: كل ما كان في الدار من آلة وقماش لا يستغنى عنه يدخل في البيع. وهذا أظهر فساداً، ولو جاز هذا لدخل العبيد والطعام أيضاً.

فرع آخر

إذا قال: بعتك هذه الدار فما فيها من المرافق المنتفع بها على ثلاثة أضرب: متصل بها ومنفصل لا يتعلق بمنفعة المتصل، ومنفصل يتعلق بمنفعة المتصل، فأما المتصل [٧٨/ب] بها كالخوابي المدفونة والحجر التحتاني من الرحى ونحو ذلك يدخل في

البيع، لأنه بني للبقاء فيها ويفارق الحجر المدفون والكنز، لأنه مودع فيها للنقل عنها لا للبقاء فيها بخلاف ما ذكرنا، وهكذا أجاجين الخباز يدخل في البيع، وأفتى بعض مشايخ طبرستان: أنه لا يدخل فيها الخوابي وهو غريب، وقال في «الحاوي»[(١)]: إن كان للتأبيد كحباب الزياتين والبزارين دخلت في البيع، وإن كانت مدفونة استيداعاً لها في الأرض لم يدخل كما لا يدخل الحجارة التي دخلت في البناء، وهذا أصح عندي.

وأما المنفصل الذي لا يتعلق بمنفعة المتصل كالبكرة والحبل والدلو والسلم والرفوف التي تنقل وتحول غير المسمرة، لا يدخل في البيع شيء منها، كالفرش وكذلك السرير وحجر الرحى إذا لم يكن مركباً والأبواب غير المغلقة والحطب، وأما المنفصل المتعلق بمنفعة المتصل كالمفاتيح الرومية والحجر الفوقاني من الرحى فيه وجهان **أحدهما**: وهو اختيار أبي إسحاق يدخل في البيع لأنه متعلق بمنفعة المتصل كالأبواب الثابتة والمغلاق مع أن [٧٩/أ] الأبواب قائمة في الدوازات غير مغروزة فيها، **والثاني**: لا يدخل في البيع وهو اختيار ابن أبي هريرة لأنها منفصلة بنقل وتحوّل من مكان إلى مكان كالدلو والحبل، ويفارق الأبواب لأنها وإن كانت منفصلة إلا أن البناء محيط بها، وإنما بنيت منفصلة ليمكن ردَّها وفتحها بخلاف هذا فإن البناء غير محيط بها.

فرع آخر

قال القفال: ما أثبتت فيها بالطين ينظر، فإن كان مما لا ينتفع به لو رفع كالتنور والكانون المتخذ من آجرات أو قدر ركبت فيه يدخل في البيع، وما أثبت فيه كي لا يتحرك ولا يتزعزع، ويمكن رفعه ويبقى انتفاعه كإجانة القصار ومعجن أثبت في الدار بالطين والرفوف المسمرة والسلاليم المسمرة والأوتاد المغروزة في الحائط، وقدر الحمام وصندوق الطحان فيه وجهان: **أحدهما**: يدخل في البيع لأنه صار من جملة البناء لإثباته بالطين، **والثاني**: لا يدخل لأنه موضوع غير مبني في الحقيقة، وأما القفل ومفتاح غير المغلاق لا يدخل في البيع بحال.

فرع آخر

ألواح الدكان المنفصلة [٧٩/ب] يغلق بها، هل تدخل في البيع؟ وجهان وقيل: يدخل وجهاً واحداً لأن تلك تجري مجرى الباب للدار.

فرع آخر

هل يدخل رأس التنور في البيع؟ وجهان ذكره في «الحاوي»[(٢)].

فرع آخر

لو اتصل بالدار حجرة أو رحبة لم يدخل لخروجها عن حد الدار.

فرع آخر[(٣)]

لو اتصل بها ساباط على حائط من حدودها هل يدخل؟ فيه ثلاثة أوجه **أحدها**: لا

---

(١) انظر الحاوي للماوردي (٥/ ١٨٠).

(٢) انظر الحاوي للماوردي (٥/ ١٨٠).

(٣) انظر الحاوي للماوردي (٥/ ١٨١).

يدخل كالحجرة، **والثاني**: يدخل كالأجنحة والميزاب، **والثالث**: خرَّجه أبو الفياض: يعتبر حال الأجذاع من الطرفين مطروحاً على حائط لهذه الدار دخل في بيعها لأن جميعه تبع، وإن لم يكن كذلك بأن كان أحد الجانبين على حائط لغير هذه الدار فلا يدخل في بيع هذه الدار.

فرع آخر

لو باع سفينة تدخل آلتها المتصلة، وهل تدخل آلتها المنفصلة التي لا يستغنى عنها؟ وجهان.

فرع آخر

قال الشافعي: إن كان في الدار حمام لم يدخل في البيع قال الربيع: أراد حمامات الحجاز تتخذ من الخشب يغتسل [٨٠/أ] فعلى قول أبي إسحاق: مالك المكان أحق به فإن تجاهل غيره فدخل في ملكه وأخذه ملكه، وعلى قول ابن أبي هريرة: يلزم الرد على مالكه ولا يملكه المتجاهل بأخذه، وأما البيع فعلى ما مضى في بيع ماء بئر الدار سواء.

فرع آخر

لو باع أرضاً فيها معدن جامد دخل في البيع لأنها من جملته أجزاء الأرض والكنوز لا تدخل ويكون للبائع إن ادّعاها، وإن لم يدعها نظر إلى من ملك الأرض عنه وقد سبق حكمه في كتاب الزكاة.

فرع آخر

لو باع داراً يحتاج أن يذكر للدار أربعة حدود فلو ذكر حدين لم يجز، ولو ذكر ثلاثة حدود فإن كانت لا تتميز بذكرها بطل، وإن تميزت فالصحيح أنه يصح لحصول الامتياز، وفيه وجه آخر أنه لا يصح ما لم يذكر الرابع.

فرع آخر

لو باع عبداً لا يدخل ثياب بدنه في مطلق بيعه إلا بالتسمية ولكن العادة جارية بالعفو عنها فيما بين التجارة.

وقال أبو حنيفة: يدخل ذلك في مطلق البيع [٨٠/ب] وقال بعض العلماء: يدخل قدر ما يستر العورة للضرورة كنعل الدابة وهو وجه لأصحابنا، وفيه وجه ثالث يدخل تمام ثياب البدن للعادة. وقال ابن عمر: يدخل في جميع ما على العبد والأمة من الثياب والحلي لأنها في يد من ملكت وهذا غلط، لأنه منفصل عن المبيع ولو لزم قدر ما يستر العورة للزم قدر ما يسد الجوعة ولا قائل به.

فرع آخر

لو باع دابّة لا يدخل فيه الحبل والمِقود، وقال بعض العلماء: يدخل فيه ذلك كما قال هناك في قدر ما يستر العورة ويدخل النعال المسمرة. لأنها كالمتصل بخلاف القرط في الأذن.

فرع آخر[(١)]

لو اشترى سمكة فوجد في جوفها لؤلؤة لا يدخل في البيع ثم ينظر فإن كان فيها أثر ملك من ثقب فهي لقطة لا يملكها الصياد البائع، وإن لم يكن فيها أثر ملك فهي للصياد، لأنه قد يمر بمعدن اللؤلؤ فينبلع منه شيئاً.

فرع آخر[(٢)]

لو ابتاع سمكة فوجد في جوفها سمكة [٨٠ب/٦] تدخل في البيع لأن السمك قد يغتذي بالسمك فيكون من جملته بخلاف اللؤلؤ، وكذلك لو ابتاع طائراً فوجد في جوفه سمكة أو جراداً. قال الشافعي[(٣)] رضي اللّه عنه: ويؤكل ذلك ولكن بعد الغسل لنجاسته بما في جوف الطائر، ولو كان في جوف الحوت لم يجب غسله، لأن ما في جوف الحوت لا يكون نجساً بخلاف ما في جوف الطائر.

مسألة: قال[(٤)]: وإنْ كانَ فيها زرعٌ فهوَ للبائعِ يُتركُ حتى يحصدَهُ.

لما ذكر الشافعي حكم الثمار تكلم على حكم الزرع، فإذا باع أرضاً فيها زرع لم يخل من أحد أمرين: إما أن يكون الزرع ظاهراً أو بذراً في الأرض، فإن كان ظاهراً لم يخل من أحد أمرين: إما أن يكون مما يحصد دفعة واحدة أو جزة بعد جزّة، فإن كان مما يحصد دفعة واحدة كالحنطة والشعير فلا يخلو، إما أن يطلق العقد أو يشرط، فإن أطلق فالزرع للبائع لأنه يزاد للنقل لا للبقاء فهو كمتاع الدار، فإذا ثبت أنه للبائع فله بنفسه إلى حين الحصاد، وقال أبو حنيفة: عليه نقله في [٨١/ب] الحال كما قال في الثمرة وهو غلط لما ذكرنا، فإن قيل: هلاّ قلتم: إن البيع باطل لأن المشتري اشترى أرضاً منفعتها لغيره كما لو اشترى أرضاً مكتراة فالبيع باطل لأنه اشترى أرضاً منفعتها لغيره؟ قلنا: في بيع الأرض المكتراة قولان، وهاهنا قال أبو إسحاق: فيه قولان أيضاً، وليس بشيء بل المذهب أنه لا يبطل هاهنا قولاً واحداً، والفرق أن هناك يداً حائلة تمنع المشتري عما اشتراه فيبطل في أحد القولين وهاهنا لا حائل دونها فإن له الدخول إليها والتصرف في غير مواضع الزرع منها، ولهذا يجوز بيع الأَمَة المزوجة قولاً واحداً، لأنه ليس عليها يد الزوج ولا يمكنه منع صاحبها من التسليم ثم نقول لأبي إسحاق: لو كان هذا من باب بيع الأرض المكتراة لوجب أن يبطل البيع هاهنا قولاً واحداً، لأن مدَّة بقاء الزرع مجهولة ومتى جهلت المدّة بطل العقد كما لو وجب لها سكنى دار مدة عدتها فباعها مالكها يبطل قولاً واحداً، لأن مدة العدة مجهولة.

وقال في «الإفصاح»: من أصحابنا من قال: يبطل البيع قولاً واحداً لأنه يصير كأنَّ [٨٢/أ] البائع استثنى منفعة مجهولة لنفسه وهذا يبطل عليه ببيع النخيل التي عليها الثمرة، وإذا تقرر هذا ونفاه البائع إلى أوان الحصاد لا يكون عليه أجرة مثل الأرض

(١) انظر الحاوي للماوردي (٥/ ١٨١).

(٢) انظر الحاوي للماوردي (٥/ ١٨١).

(٣) انظر الحاوي للماوردي (٥/ ١٨٢).

(٤) انظر الأم (٢/ ١٦٥).

مدة بقاء الزرع فيها، وإن كان قد انتفع بأرض المشتري فإن قيل: هلاً قلتم عليه أجر مثلها مدّة بقاء الزرع فيها كما لو اشترى أرضاً شراءً فاسداً فزرعها يلزم أجرة مدّة بقاء الزرع فيها، إذا استرد الأرض وترك الزرع إلى أوان الحصاد؟ قيل: الفرق إنه لا يملك المشتري في الشراء الفاسد منفعة الأرض فكان عليه الأجرة وهاهنا منفعتها مملوكة للبائع لأنها كالمستثناة عن العقد فلم تتلف منفعة غيره فلا أجرة، ويؤكده أن الأجرة إنما تجب إذا زرعها بعقد الإجارة أو بغير حق، وليس هاهنا واحد منهما فلا إجرة فإذا ثبت هذا فجاء وقت الحصاد عليه الحصاد في أول وقت الحصاد، وإن كان بقاؤه بعد هذا أنفع له، كما قلنا في الثمرة يقطعها البائع إذا تمت حلاوتها، ولو حصد ونقل الزرع قبل وقت الحصاد ليس له أن ينتفع الأرض بغير الزرع [٨٢/ب] إلى وقت الحصاد ولأنه إنما ملك الانتفاع بها لهذا الزرع فليس له أن ينتفع بغيره كما لو كان المبيع داراً فيها طعام ينقل في شهر فنقله في يومين سقط حقه وليس له أن ينتفع بها بقية الشهر، وهكذا له بقية الثمرة إلى حين الجذاذ فلو صرمها قبل ذلك سقط حقه وليس له أن ينقل إلى البستان بعد ذلك، كذلك هاهنا وإن حصده في أوانه نظر فإن كان زرعاً لا يضر عروقه بالأرض كالحنطة والشعير فلا كلام، وإن كان مما يضر بها عروقه كالقطن والذرة فعليه نقل العروق عنها، لأن هذا ملكه وبقاؤه يضر بها كما لو باع أرضاً فيها حجارة يلزمه نقلها.

ومن أصحابنا من قال: يلزمه قلع أصول الزرع بكل حالٍ والأصح التفصيل على ما ذكرنا، فإذا نقل فإن لم يحصل في الأرض حفر تحتاج إلى الإصلاح فلا كلام، وإن كان فيها حفر يحتاج إلى الإصلاح فعلى البائع إصلاحها وتسويتها لأنه حفرها لاستصلاح ملكه فكان الضمان عليه، كما لو باع داراً فيها جبّ كبير لا يخرج من الباب إلا بهدم شيء منه وعليه ما نقص بالهدم [٨٣/ أ] وكذلك إذا هربت دابة فدخلت في دار رجل ولا يمكن أن يخرج منها إلا ببعض شيء من الدار يضمن البعض على صاحب الدابة، ولهذا قال بعض أصحابنا: لو وقع دينار في جرة رجل ولا يخرج إلا بكسرها كسر ويجب ضمانها على صاحب الدينار، وإن باع بشرط أن يكون الزرع للمشتري لا يخلو من أحد أمرين: إما أن يكون قد تسنبل أو لم يتسنبل، فإن كان قبل أن يتسنبل أو بعد أن يتسنبل، وقبل أن يشتد الحب فيه جاز ذلك لأنه حشيش، ألا ترى أنه يجوز إفراده بالعقد فجاز بيعه مع الأرض فإن قيل: هلاً قلتم لا يجوز بيعه إلا بشرط القطع كما لو أفرده بالعقد؟ قلنا: الفرق أنه إذا أفرده صار مقصوداً بالعقد وفي بيعه من غير شرط للقطع غرّز فلم يصح، وإذا باع مع الأرض فالغرز في التابع في العقد فلا يضر العقد، وهذا كبيع الثمار قبل بدو صلاحها مطلقاً من غير شرط القطع لا يجوز، ولو باعها مع الأرض مطلقاً يجوز، وإن كان قد تسنبل واشتد الحب فيه نُظِر فإن كان الحب ظاهراً كالشعير يجوز البيع لأنهما مقصودان ظاهران يجوز بيع كل واحدٍ منهما على الانفراد، وإن [٨٣/ب] كان الحب في كمام كالحنطة فاختلف قول الشافعي في الحنطة في سنبلها على قولين:

فإذا قلنا: يجوز إفراده بالبيع فلا يجوز بيع الأرض أولى، وإن قلنا: لا يجوز بطل البيع فيهما لأنهما مقصودان أحدهما: مجهول، فإن قيل: أليس لو باع حرّاً وعبداً يبطل

في الحر وهل يبطل في العبد؟ قولان: هلاَّ قلتم مثله هاهنا؟ قلنا: الفرق أنهما معلومان يمكن تقسيط الثمن عليهما، وهاهنا أحدهما مجهول وهما مقصودان فلا يمكن تقسيط الثمن عليهما فافترقا.

وقال في «الحاوي»[(١)]: هل يجوز تبعاً للأرض؟ وجهان: **أحدهما**: يجوز لأنه تجوز الجهالة تبعاً كأساس البناء، **والثاني**: لا يجوز لأنه وإن كان تبعاً فهو مقصود في نفسه بخلاف الأساس وهذا غريب، ومن أصحابنا من قال: هذا الوجه صحيح إذا قلنا بالقول الضعيف يمسكه المشتري بجميع الثمن عند الإجارة في تفريق الصفقة، لأنه يأخذ المعلوم بكل العوض فلا يضر الجهل بما عداه، فإذا قلنا: لا يجوز فيه هل يبطل البيع في الأرض قولان بناء على تفريق الصفقة، ومن أصحابنا من أبطله في الأرض قولاً واحداً للجهل [٨٤/أ] بحصة ما قابل الزرع المجهول من الثمن، وهذا من اختلاف أصحابنا في تعليل تفريق الصفقة.

فإن قلنا: يصح في الأرض فللمشتري الخيار، فإن أجاز يمسكه بكل الثمن قولاً واحداً لأن الفاسد مجهول الحصة، وإن كان الزرع يحصد دفعة بعد دفعة ويبقى أصله في الأرض سنين كالرطبة والنعناع والكراث، فإذا باع الأرض مطلقاً قد ذكرنا أن الأصل تابع لهما كالنحل سواءً، ثم ننظر فإن لم يكن فيها شيء ظاهر كأنه باعه حين حزّه فما نبت للمشتري، وإن كان هناك نبت ظاهر فهو للبائع بإطلاق العقد على ما ذكرنا، وعلى البائع نقله في الحال فإن قيل: أليس قلتم في المسألة قبلها: للبائع تبقيته إلى أوان الحصاد؟ فهلاَّ قلتم هاهنا مثله؟ قلنا: الفرق ما ذكره الشافعي أن للزرع والثمرة حدّاً إذا انتهيا إليه واحد وليس للرطبة جذاذ إذا انتهى إليه أجذ فكان عليه النقل في الحال، وأيضاً قال أصحابنا: الرطبة تطول وتخرج غير ما كان ظاهراً منها فيفوت على المشتري ما يظهر له منها فكان عليه النقل في الحال والثمرة [٨٤/ب] والزرع يكبر بذاته وينشأ بنفسه ولا يتفرع له أغصان لم يكن ولا يفوت على المشتري شيئاً، لأن الثمرة والزرع لجميع العام فكان له التبقية إلى حين الحصاد، وقال في «الحاوي»[(٢)]: هل ينتظر جذاذه؟ وجهان على ما ذكرنا في نظيره، وهكذا إن لم يكن له أصل يبقى سنين ولكنه يجزه دفعة بعد دفعة كالهندباء والجرجير ونحو ذلك، قال الشافعي في «الأم»: هي كالأصول وكذلك القثاء والخيار والبطيخ كالأصول نص عليه واعتبر ما يجز دفعة بعد دفعة ولم يفرق بين طويل المدة وقصيرها، فالجزة الأولى للبائع وما بعدها للمشتري. وقال في «الحاوي»[(٣)]: البطيخ وما يؤخذ ثمرته مرة بعد مرة ولكن في عام واحدٍ هل هو في حكم الشجر لأن ثمرته لا توجد دفعة وحكمه ما ذكرنا.

وقال البصريون: هو في حكم الزرع فللبائع أصله وثمره لأنه زرع عام واحد والشجر يبقى أعواماً والهندباء والجرجير والكراث.

---

(١) انظر الحاوي للماوردي (٥/ ١٨٣).
(٢) انظر الحاوي للماوردي (٥/ ١٨٣).
(٣) انظر الحاوي للماوردي (٥/ ١٨٤).

قال: وأما الموز فأصله لا يحمل إلا سنة واحدة ثم يموت بعد أن يستخلف مكانه فرخاً يحمل في العام المقبل فالأصل [٨٥/أ] الموجود وقت العقد لا يدخل في البيع كالزرع لأنه لا يبقى بعد سنته والفرخ الذي يستخلف كالشجر يدخل في البيع هذا الكلام كله في الزرع الظاهر، فأما إن كان بذراً لم ينبت فالبذر ضربان: بذر لأصل ينقى وبذر لما يؤخذ دفعة واحدة فإن كان لأصل ينقى كبذر المشمش والخوخ والجوز واللوز والنعناع والرطبة فإنها تتبع الأصل لأنها دفنت للبقاء فصارت أصلاً في نفسها لشجرها، وإن كان لما يؤخذ دفعة واحدة كبذر الحنطة والشعير لا يتبع الأصل لأنه مستودع فيها للنقل والتحويل كالحجر المستودع، ولا فرق في المسألة الأولى بين أن يكون نبت وجرت عروقه في الأرض أو لم ينبت وفي تلك الحالة دفنه فيها، لأنه دفنه للبقاء فهو كما لو غرس فسلاً في أرضه ثم باعها قبل أن يعلق الفسيل ببيع الأرض.

وقال في «الحاوي»[1]: إذا قلنا: إنه ينتظر بما ظهر منه تناهي جزازه وهو في الرطبة والنعناع فأول الجذة الثابت من هذا البذر للبائع، وإن قلنا لا ينتظر فالبذر وما يثبت منه [٨٥/ب] للمشتري ثم ينظر فإن كان المشتري عالماً بالحال فلا خيار له وللبائع ببقيته إلى حين الحصاد وهذا في بذر الحنطة، وإن كان جاهلاً به فله الخيار لأن فيه تفويت منفعة الأرض، فإن رضي البائع بتركه للمشتري أو قال: أنا أحوله وأنقله. قال في «الأم»[2]: لا خيار له لأنه أبطل العيب بالنقل وزاده خيراً بالترك ويلزمه قبوله لأن فيه تصحيح العقد وعلى هذا لو اشترى نخلاً فيها طلع فبان أنها قد أبّرت ولم يعلم المشتري له الخيار لأنه يستضر ببقائها في نخله هذا إذا باع الأرض مطلقاً فإن باعها مع البذر فإن جهل جنسه وصفته لم يجز قولاً واحداً، وإن علمه فالمذهب أن البيع باطل، لأنهما مقصودان **أحدهما**: مجهول، ومن أصحابنا من قال: يصح البيع فيهما وتسقط الجهالة على سبيل التبع كالحمل في الحامل ولا يجئ فيه قول تفريق الصفقة، لأن البذر مجهول لا يمكن تقسيط الثمن عليهما على ما ذكرنا، وقيل: يصح في الأرض إذا قلنا: نأخذ في الجائز بكل الثمن، وقيل: إذا باع البذر مع الأرض قولان والقول [٨٦/أ] الثاني يصح فيهما، لأن الشافعي قال في كتاب التفليس: أو باع زرعاً مع أرض خرج أو لم يخرج والأول أصح، ومن قال به قال فيما ذكره في التفليس الزرع عبارة عن النابت وقوله خرج أو لم يخرج يعني سنبله، وقال في «الإفصاح»: وفي معنى ما ذكرنا إذا باع أرضاً فيها جزر أو فجل بجزرها وفجلها هل يصح؟ فيه وجهان: **أحدهما**: لا يجوز، **والثاني**: يجوز كاللبن في اللبون والحمل في الحامل يجوز البيع فيه تبعاً.

مسألة: قال[3]: «وإن كانَ فيها حجارةٌ مستودعةٌ».

الفصل

إذا باع أرضاً فيها حجارة باطنة لم يخل من ثلاثة أحوال: إما أن تكون مخلوقة في

(١) انظر الحاوي للماوردي (٥/ ١٨٤). (٢) انظر الأم (٣/ ٤٤).
(٣) انظر الأم (٢/ ١٦٥).

الأرض أو مبنية فيها أو مستودعة. فإن كانت مخلوقة فيها مع خلقة الأصل دخلت في البيع لأنها كأجزاء الأرض من التراب والطين، ولأنها ليست بأكثر من المعادن الباطنة كالجواهر والذهب والفضة المخلوقة في الأرض، وكلها تدخل في البيع كذلك هذه الحجارة فإذا ثبت هذا نُظر فإن كانت لا تضر بزرع ولا شجر بحيث لا يصل إليها عرق [٨٦/ب] واحد منهما فلا خيار للمشتري، لأنها ليست بعيب، وإن كان يضر بهما أو بأحدهما فهو عيب يرد به المبيع، وإن كان المشتري عالماً به فلا خيار، وإن كان جاهلاً فله الخيار فإن اختار الإمساك أمسك بكل الثمن لأنه عيب فلا يتقسط الثمن عليه.

وقال في «الحاوي»(١): إن كان يضر بالغراس لوصول عروقه إليها وغير مضرة بالزرع لبعد عروقه منها هل يكون عيباً يوجب للمشتري الخيار وجهان: **أحدهما**: عيب لأنه منع بعض منافعها. **والثاني**: وهو اختيار أبي إسحاق لا يكون عيباً لكمال المنفعة بأحد المقصودين وكذلك لو كان يصلح للغرس دون الزرع فيه وجهان أيضاً.

قال: والأصح عندي أن ينظر في تلك الناحية فإن كانت الأرض فيها مرصدة للزرع، أو بعضها للغرس وبعضها للزرع لا يكون عيباً ولا خيار، وإن كانت مرصدة للغرس فهذا عيب لأن العرف المعتاد يجري في العقود مجرى الشرط ولعل اختلاف الوجهين على هذا التفصيل فلا يكون في الجواب اختلاف، وإن كانت الحجارة مبنية فيها للبقاء [٨٧/أ] والتأبيد كالدكة وأساس الحيطان فالحكم فيها كما لو خلقت في أصل، وكذلك إذا كان البناء مهدماً أو كانت في طي بئر خراب، وإن كانت مستودعة فيها وهي مسألة الكتاب وهذه عادة أهل الحجاز يأخذون الأحجار ويسوونها مربعة عريضة يبنون بها فربما يكون عند الرجل منها شيء لا يحتاج إليه في الحال، ويضيق به المكان فيودعه تحت الأرض لوقت الحاجة فهو لا يدخل في بيع الأرض بالإطلاق ثم لا يخلو إما أن يكون في الأرض شجر أو لا شجر فيها، فإن لم يكن فيها شجر بل كانت أرضاً بيضاء مزرعة لا شجر فيها، لا يخلو الحجر من أحد أمرين: إما أن يضر بقاؤها في الأرض أو لا يضر، فإن كان بقاؤها يضر وقلعها لا يضر فهو عيب للبائع نقلها، لأنها ملكه وللمشتري مطالبته بنقلها ليفرغ الأرض وإذا ثبت أنه عيب فهل للمشتري الخيار نُظِر فإن كان عيباً من غير ضرر مثل أن ينقلها في مدة ليس للأرض في مثلها أجرة كيوم فما دونه فلا خيار للمشتري لأنه عيب يزول من غير ضرر على المشتري.

قال أبو إسحاق: [٨٧/ب] فهو كما لو باع عبداً فأبق فقدر البائع على رده في الحال أو باع داراً قد امتلأت بالوعتها وحشّها فقال البائع: أنا أزيل ذلك في الحال فلا خيار للمشتري، وكذلك لو غُصِب المبيع قبل القبض فقال البائع: أنا أنتزعه في زمان يسير لا خيار للمشتري، فإذا ثبت هذا ونقل البائع ذلك فعليه تسوية الأرض سواء نقلها قبل القبض أو بعده لأنه حفرها لتخليص ملكه بغير تفريط من صاحب الملك، وإن كان البائع لا يمكنه

---

(١) انظر الحاوي للماوردي (٥/ ١٨٥ ـ ١٨٦).

إزالته إلا في مدة لمثلها أجره كاليومين والثلاثة فما فوقها لم يخل للمشتري من أحد أمرين: إما أن يكون عالماً بها أو جاهلاً فإن كان عالماً لا خيار له لأنه دخل على بصيرة بالضرر، وإن كان جاهلاً فله الخيار فإن اختار الإمساك أمسك بكل الثمن وللبائع النقل وللمشتري مطالبته بالنقل، وإذا نقله فعليه تسوية الأرض قبل القبض أو بعده، هكذا ذكر جماعة أصحابنا، وأما أجرة المثل لمدة تعطيل منفعتها نظر، فإن كان قبل القبض فلا أجرة على البائع لأنها مضمونة عليه بالثمن كما إذا قطع البائع يد المبيع [٨٨/أ] قبل القبض للمشتري الخيار بين الفسخ والإجازة ولا أرش له وهو قول أكثر أصحابنا.

وقال الماسرجسي: قال أبو إسحاق في بغداد قبل خروجه إلى مصر: له الأجرة قال القاضي الطبري: وهذا محتمل عندي لأنه نص في البويطي على أن البائع إذا قطع يد العبد المبيع فللمشتري الخيار بين الفسخ والإجازة مع الأرش وإذا نص في الأرش فالأجرة مثله فقد حصل فيه قولان ولا يختلف المذهب في النقص الداخل بأمر سماوي بأنه إذا جاز غيره من غير أرش. وقال القفال: فيه وجهان مبنيان على أن جناية البائع على المبيع قبل القبض كآفة سماوية، فيفسخ البيع إذا قبل البائع المبيع قبل القبض أو كجناية الأجنبي فيخير بين الإجارة وأخذ القيمة من الجاني وأداء الثمن إليه، وفيه قولان فإن قلنا: جنايته كآفة سماوية لا يلزم أجر المثل هاهنا، وإذا قلنا: إنها كجناية الأجنبي غرم هاهنا أجر المثل. قال في «الحاوي»(١): لا تجب تسوية الأرض على البائع هاهنا قولاً واحداً ولكن يثبت للمشتري خيار الفسخ لأنه عيب وهذا أظهر وعلى ما ذكر القفال فيه وجهان [٨٨/ب] أيضاً فإن كان هذا قبل القبض فهو بالخيار بين الفسخ والإجازة أيضاً لأن هذا العيب وإن حصل بعد القبض إلا أن سببه كان موجوداً قبل القبض، فإذا اختار الإجازة وقلع البائع يلزمه الأجرة وتجب تسوية الأرض وإصلاح حفرها قولاً واحداً والفرق أن العقد لم يستقر قبل القبض ولم يلزم فلا تجب على البائع الأجرة ولا أرش ما يدخل فيه من القبض بخلاف ما بعد القبض، ولهذا يجوز له أخذ العوض عنه بعد القبض دون ما قبل القبض.

وقال بعض أصحابنا: فيه وجه آخر لا أجرة عليه لأنه لما رضي بذلك فقد اختار سقوط الأجرة كما لو كان فيه زرع يبقى إلى حين الحصاد بعد القبض ولا أجرة له وهذا لأنه استوفى ما استحقه بمعنى قارن العقد وبهذا فارق الأجنبي، أو إذا أتلف البائع الأجزاء بعد القبض، لأنه استوفى ما استحقه بمعنى قارن العقد، وبهذا فارق الأجنبي أو إذا أتلف البائع الأجزاء بعد القبض لأنه استوفاه بمعنى قارن العقد فكان عليه الضمان.

وقال بعض أصحابنا بخراسان: ما ذكر القفال [٨٩/أ] من البناء على القولين في جناية البائع يوجب لزوم الأجرة هاهنا قولاً واحداً، ولكن المسألة مشهورة بالوجهين، وإن كان تركها لا يضر بحال لا في زرع ولا في شجر فللبائع النقل وليس للمشتري مطالبته بالنقل لأنه لا ضرر عليه في بقائها في أرضه بحال ثم ننظر فيه فإن اختار البائع النقل فالحكم على ما ذكرنا في الأجرة وخيار المشتري ووجوب تسوية الأرض، وإن

---

(١) انظر الحاوي للماوردي (٥/ ١٨٧).

اختار البائع ترك الحجارة فيها فلا خيار للمشتري، ولكن هل يملكها المشتري بهذا الترك؟ فيه وجهان **أحدهما**: يملكها لأنها متصلة بالمبيع وفيه تصحيح العقد وقد زاده خيراً، **والثاني**: لا يملكها لأنه ابتداء هبة مجهولة وهذا أظهر.

فإذا قلنا: يملكها سقط حق البائع وانقطعت علقته عنها ولزم العقد، وإن قلنا: لا يملكها فللبائع نقلها متى أراد ثم إذا أراد النقل عاد خيار المشتري والحكم على ما ذكرنا، وقال في «الحاوي»[(١)]: لا يملكها ولا يلزم قبولها وجهاً واحداً لأنها هبة محضة ويؤخذ بقلعها إن كان قلعها لا يضر أيضاً، وإن كان [٨٩/ب] قلعها يضر وتركها لا يضر قيل للبائع أتسمح بترك الحجارة؟ فإن سمح لزم البيع ولم يكن له الامتناع من قبولها ليثبت الخيار، ولا يقال هذه هبة فلا يلزمه قبولها، لأن المقصود ليس الهبة بل المقصود إسقاط الضرر عن المشتري فيما يلحقه بالقلع فخرج عن معنى الهبة وسقطت فيه المكافأة والمنة، ثم ليس للبائع أن يرجع فيها سواء وجد من المشتري القبول أو لا، لأنه يجري مجرى الإبراء الذي لا رجوع فيه ولا يفتقر إلى القبول وهذا حسن.

وقال القفال: يلزمه قبولها ثم هل هي هبة تمليك حقيقة أم هي لقطع الخصومة؟ وجهان وفائدته: أن المشتري لو استخرجها يوماً هل للبائع أن يقول: ردها عليَّ وجهان، ونظير هذا لو أن رجلاً اشترى دابة فأنعلها ثم وجد بها عيباً وفي قلع النعل حدوث عيب جديد فقال: لا أقلع بل أرد الدابة وأهب له النعل يلزم البائع قبوله ثم سقط النعل، فهو للبائع أو يلزم رده على المشتري؟ وجهان، وهذا إذا لم يكن غراس، فأما إن كان فيها غراس لم يخل من أحد أمرين إما أن يكون البائع هو الذي غرسها أو المشتري [٩٠/أ] فإن كان البائع غرسها فملكها المشتري بإطلاق العقد على القول الصحيح أو بالشرط على القول الآخر وصارا معاً للمشتري لا تخلو الحجارة من أربعة أحوال:

إما أن لا يضر تركها وقلعها، أو لا يضر قلعها ويضر تركها.

أو يضر الترك والقلع، أو يضر القلع دون الترك.

فإن لم يضر تركها ولا قلعها كأنها كانت من الشجر بحيث لا ضرر على المشتري منها بحال فالحكم فيها كما لو كانت كما لوكانت أرضاً بيضاء لا شجر فيها وقد مضى ذلك.

فإن قيل: أوجبتم تسوية الأرض في مواضع ومعلوم أن من نقض بناء رجل غرم ولا يقال له ابنِ كما كان فما الفرق؟ قلنا: الفرق أن البناء الثاني الذي بني غير الأول بل هو شيء يقوم مقامه والجدار ليست من ذوات الأمثال، فتجب القيمة هناك ولا تجب إعادة البناء، وأما تسوية الأرض ليست بإحداث شيء ليكون مثلاً لشيء تالف، بل هي إخراج عيب ونقض فإذا أمكن ذلك لم يجب الغرم، وإن كان تركها يضر وقلعها لا يضر بالشجر بحال، فالحكم في هذا القسم أيضاً كما لو لم يكن فيها شجر بحال [٩٠/ب] لأنها إنما فارقت البيضاء بكون الشجرة فيها فإذا كان قلعها لا يضر بالشجر لا اعتبار بكون الشجر فيها.

---

(١) انظر الحاوي للماوردي (٥/ ١٨٨).

وإن كان تركها يضر وقلعها يضر وهو أنها تمنع أن تجري عروق الشجر في الأرض، وإذا قلعت احتاج إلى قطع العروق فهو عيب يرد به المبيع سواء قلعت الحجارة في مدة الأرض في مثلها أجرة، أو لا أجرة لها، لأن النقص عاد إلى العروق، فإن كان المشتري عالماً لا خيار له وإن كان جاهلاً له الخيار، وكذلك لو كان عالماً بالحجارة ولم يعلم تضررها له الخيار أيضاً، فإن اختار الإمساك فالحكم في تسوية الأرض والأجرة على ما ذكرنا. وأما أرش النقص الداخل على الشجرة بالقلع فيه طرق أحدها: الأرش عليه لأنه إذا رضي بالإمساك فقد رضي بالنقص.

وقال أبو إسحاق: هذا كالإجرة إن كان قبل القبض فقولان، وقال بعض أصحابنا بخراسان: فيه وجهان: قبل القبض يلزمه قولاً واحداً وإن كان قبل القبض لا يلزم، وإن كان بعده يلزم. وقال ابن سريج: إن كان بعد القبض يلزم قولاً واحداً، وإن كان قبل القبض فقولان [٩١/أ] وقال بعض أصحابنا بخراسان: فيه وجهان قبل القبض وبعده، والأصح أنه يجب، وإن كان تركها يضر بالغراس دون الزرع لزم البائع قلعها وجهاً واحداً. وقال في «الحاوي»[1]: بخلاف الحجارة المخلوقة في أحد الوجهين لأن الحجارة المودعة تدليس من البائع يمكنه رفعها بخلاف المخلوقة، وإن كان قلعها يضر وتركها لا يضر فإن اختار الترك لا خيار للمشتري، وهل يملك بالترك على ما ذكرنا، وقال القفال: لو قلع المشتري تلك الأشجار بعد ذلك هل للبائع قلع الأحجار؟ وجهان مبنيان على ما أتلف حنطة فلم يوجد مثلها فغرم القيمة ثم وجد المثل هل له ردّ القيمة ومطالبته بالمثل؟ وجهان، وإن اختار القلع فللمشتري الخيار لأنه يضر بالمبيع ولا فرق بين أن يقول له البائع: أنا أعطيك أرش النقص أو لم يقل فإن قيل: ينبغي أن لا خيار إذا أعطاه أرش النقص كما إذا اختار ترك القلع لا خيار له قلنا: الفرق أنه لا نقص للترك فلهذا لا خيار له، وفي القلع نقص في الخيار وإن بذل له أرش النقص كما لو اشترى شيئاً فوجد به عيباً لا يسقط خياره [٩١أ/٦] بأن يقول البائع: أنا أبذل أرش العيب كذلك هاهنا، فإذا ثبت أن له الخيار فإن اختار الرد فلا كلام وإن اختار الإمساك فالحكم في التسوية والأجرة وأرش النقص على ما مضى، هذا إذا كان البائع قد غرسها، فأما إذا غرسها المشتري وكانت الأرض بيضاء الأغراس ثم علم بأن تحتها حجارة، فإن كان قلعها يضر وتركها لا يضر، فإن سمح البائع بالحجارة للمشتري أجبر على قبولها ولا خيار له، لأنه لا ضرر عليه في بقاء الحجر فيها، وإن امتنع وأراد قلعها فالحكم على ما بيناه قبل القبض وبعده، فإن كان تركها يضر وقلعها لا يضر فإن قال البائع: أنا أقلعه فالحكم على ما ذكرنا من الفصل بين ما قبل القبض وبعده.

وإن قال: أنا أسمح بالحجارة للمشتري. اختلف أصحابنا فيه قال أبو إسحاق: لا خيار له لأن أكثر ما فيه أن يكون أرضاً مستحجرة لا تصلح للغراس وهذا لا يوجب الخيار إذا كانت تصلح لغير الغراس من الزرع، كما لو كانت الأرض رملة لا تصلح للغراس ليكن

---

(١) انظر الحاوي للماوردي (٥/ ١٨٥).

للمشتري الخيار، وقال ابن أبي هريرة: له الخيار لأنه تدليس ويفارق الأرض الرملة لأنه لم يحصل فيها [٩٢/أ] تدليس وهذا أظهر، وإن غرسها المشتري بعد العلم بالحجارة سقط رده لأنه تصرف مما يدخل النقص على المبيع بعد العلم بالعيب، ثم لا يخلو إما أن يضر قلعها أو تركها أو يضر قلعها دون تركها، فإن كان الأمران يضران فللبائع القلع لأنه ملكه وللمشتري المطالبة لإزالة ضرر الترك، ثم إذا قلع يلزم البائع أرش النقص قولاً واحداً، لأنه تحول ملكه عن الأرض بإدخال النقص على الغير وقد سقط رد المشتري.

وإن كان قلعها يضر وتركها لا يضر فإن اختار القلع فعليه أرش النقص قولاً واحداً، وكيفية التقويم أن يقال: كم يساوي هذا الشجر ولا نقص؟ قالوا: مائة فيقال: وكم يساوي وبه هذا النقص؟ قالوا: تسعون. قلنا: نقص العشر فيلزم حصته من القيمة وإن اختار البائع الترك فهل يملكها المشتري؟ على ما ذكرنا، ولو كان البائع زرع فيها زرعاً وباعها مع الزرع وتحتها أحجار فليس للبائع أن يقلع الأحجار ما لم يحصد الزرع إذا كان قلعها يضر بالزرع لأن لوقت الحصاد وإدراك الزرع [٩٢/ب] غاية بخلاف قلع الأشجار، وإن كان الزرع للبائع فالضرر يختص به والخيار إليه. وإذا تقرر هذا ففي لفظ المختصر إشكال، وذلك أنه نقل، ولو كان غرس عليها شجراً. وهذا لفظ يتردد بين احتمالين **أحدهما**: أن المشتري غرس بعد الشراء، **والثاني**: أن البائع غرس قبل البيع فربما يحمل بعض أصحابنا هذا اللفظ على المشتري ويجعله الغارس ولا يصح ذلك والصحيح أن الغارس هو البائع قبل البيع لأن المشتري لو كان هو الغارس لما ثبت له الخيار وإن تضررت الأشجار بتلك الأحجار لأنه ضرر على غير المبيع إذ الأشجار الحادثة ليست بمبيعة. ذكر الإمام الجويني رحمه الله: وهو عين قول أبي إسحاق على ما ذكرنا وقد ثبت أن الأظهر غير هذا.

باب الوقت الذي يحل فيه بيع الثمار

قال[(١)]: أخبرنا مالك الخبر، إذا باع ثمرة قبل بدو صلاحها لا يخلو: إما أن يبيعها بشرط القطع أو بشرط التبقية أو مطلقاً فإن باعها [٩٣/أ] بشرط القطع يجوز بلا خلاف لأنها إذا قطعت أمن من الغرر فيها وإلى هذا أشار رسول الله ﷺ في قوله: «أرأيت إن منع الله الثمرة فيم يأخذ أحدكم مال أخيه»[(٢)] ومعناه أن الثمرة إذا لم يبد صلاحها لا تزال معترضة للجوائح والآفات والصواعق والبرد والرياح العاصفة والعادة تبقيتها إلى وقت القطع والعقد إذا أطلق صار مقيداً بالعادة الغالبة، فكأنه قال: بعت منك هذه الثمرة بشرط تبقيتها، ولو قال ذلك كان باقياً كما في تبقيتها من الآفة، وإن باعها بشرط التبقية بطل البيع بلا خلاف لما ذكرنا، وإن باعها مطلقاً بطل البيع عندنا وبه قال مالك وأحمد وإسحاق.

وقال أبو حنيفة: يجوز البيع ويلزم القطع في الحال والخلاف معه في موضعين **أحدهما**: في بطلان البيع وصحته، **والثاني**: في العلة فعندنا البيع بطل لأن إطلاقه يقتضي التبقية فيصير كأنه شرط التبقية وعنده إطلاقه يقتضي القطع في الحال فيصير كأنه

---

(١) انظر الأم (٢/ ١٦٢).

(٢) أخرجه البخاري (٢١٩٨)، ومسلم (١٥٥٥)، والنسائي (٤٥٢٦).

باع بشرط القطع والدليل على ما ذكرنا ما روي عن رسول اللّه ﷺ [٩٣/ب] أنه «نهى عن بيع الثمار حتى يبدو صلاحها»[(١)] وهذا يقتضي النهي عن بيع مطلق، ولو باع هذه الثمرة مع الأصل يصح البيع، وإن لم يشترط القطع وتكون الثمرة تابعة للأصل في ذلك ولا يؤثر حصول الغرر في التابع، ألا ترى أن بيع اللبن في الضرع مفرداً لا يجوز للغرر؟ ولو باع مع الأصل جاز لكونه تابعاً. واحتج الشافعي على هذا بأن النبي ﷺ قال: «من باع نخلاً بعد أن تؤبر فثمرتها للبائع إلا أن يشترط المبتاع»[(٢)] وهذا يدل على أنه إذا اشترطها تكون للمشتري وذلك بيع الثمرة مع الأصل.

فرع

لو كانت الثمرة لواحد والأصل لآخر ويتصور ذلك في الوصية فباع صاحب الثمرة من صاحب الأصل مطلقاً من غير شرط القطع فيه وجهان **أحدهما**: لا يجوز وهو الصحيح، لأنه باع ثمرة مفردة قبل بدو صلاحها، لا على شرط القطع فأشبه إذا باعها من غير صاحب الأصل، **والثاني**: يجوز لأن الثمرة والأصل يحصلان لواحد فأشبه إذا باع الثمرة مع الأصل وهذا ظاهر المذهب. [٩٤/أ]

فرع آخر

بيع الجوز قبل بدو الصلاح والسفرجل ونحوه لا يجوز أصلاً، لأنه لا ينتفع به أصلاً.

مسألة: قال[(٣)]: وإذا أذنَ رسولُ اللّهِ ﷺ في بيعهِ إذا صارَ أحمرَ أو أصفرَ فقَد أذنَ إذا بدا فيه النضجُ واستطيعَ أكلهُ خارجاً من أن يكونَ كلهُ بلحاً.

الفصل

إذا باع ثمرة قد بدا صلاحها ينظر فإن باعها بشرط القطع جاز لأنه إذا جاز قبل بدوّ الصلاح بهذا الشرط فبعد بدو الصلاح أولى وإن باعها مطلقاً جاز بلا خلاف إلا أن عندنا يبقى إلى وقت الجذاذ وعند أبي حنيفة يطالب بالقطع في الحال، وإن باعها بشرط التبقية يجوز عندنا، وبه قال مالك وأحمد ومحمد إلا أنه يقول: يجوز ذلك إذا تناهى عظمها وقال أبو حنيفة وأبو يوسف: لا يجوز بشرط التبقية وهذا غلط، لأن النقل يجب على العرف والإطلاق فيه كالشرط كما في أمتعة البيت، فإذا تقرر هذا فالكلام الآن في بدو الصلاح ما هو؟ فعندنا بدو الصلاح: النضج ولا اعتبار بالتلون لأن من الثمار ما لا يتلون إذا نضج، وروي [٩٤/ب] عن ابن عمر رضي اللّه عنهما أنه قال: بدو الصلاح في الثمار بطلوع الثريا[(٤)]، وبه قال بعض الفقهاء لما روي أنه ﷺ نهى عن بيع الثمار حتى تذهب العاهة[(٥)] فقال له عثمان بن عبد اللّه بن سراقة: متى ذلك؟ فقال:

---

(١) أخرجه البخاري (٢١٩٤)، ومسلم (١٥٣٤/ ٣٩)، وأحمد (٣/ ٣٧٢).

(٢) أخرجه البخاري (٢٢٠٤)، ومسلم (١٥٤٣/ ٧٧)، وأحمد (٢/ ٦، ٦٣، ٨٢).

(٣) انظر الأم (٢/ ١٦٦).

(٤) أخرجه البيهقي في «الكبرى» (١٠٥٩٢).

(٥) أخرجه مسلم (١٥٣٥/ ٥٠)، وأبو داود (٣٣٦٨)، والنسائي (٤٥٥١).

«إذا طلع الثريا» ولا يتحقق الخلاف هذا في الحكم لأن وقت طلوع الثريا وقت بدو الصلاح فهو اختلاف في العبارة والعلة، فعندنا يجوز لِبُدوّ الصلاح وعنده لطلوع الثريا وهذا غلط، لما روي عن النبي ﷺ أنه نهى عن بيع الثمار حتى تزهى، قيل يا رسول اللّه وما تزهى؟ قال: «حتى تحمر أو تصفر»[1] وقال عطاء: بُدوّ الصلاح: بأن يوجد فيها ما يؤكل، وقال النخعي: هو قوة الثمرة واشتدادها.

فإذا تقرر هذا فبدو الصلاح في الرطب أن يحمر البُسْر أو يصفر، وفي العنب إن كان أسود أن يسود، وإن كان أبيض كالعنب الرازقي أن تبدو فيه الحلاوة ويصفرّ، وتقوى نواته ولحمه، وإن كان أحمر أن تحمر، وفي التفاح ونحوه أن يطيب أكله فيه بوجود الحلاوة، وفي المشمش بالصفرة وفي العناب [٩٥/أ] بالحمرة وفي قصب السكر بالحلاوة، وفي الرمان بالحموضة أو الحلاوة، وزوال المرارة، وفي القِثّاء والخيار والباذنجان لا يعتبر تغير اللون ولا الطعم لأنه يفسد به فيه بدو الصلاح فيها أن يكبر بعضها حتى تتناهى في كبره، فإنه مادام صغيراً لا يؤمن ورود العاهة عليه. وأما البطيخ قال الشافعي[2]: «وللخربز نضج كنضج الرطب» فبدو الصلاح فيه أن ينضج ويطيب أكله وقيل: إذا لانت صلابته بالنضج وكذلك التين. وأما بدو الصلاح في العلف والبقول والقصب إذا تناهى طوله إلى الحد الذي يُجَزّ عليه، وفي الورد بالانتفاخ والانتشار ومتى حكمنا ببدو صلاحه يجوز بيعه مطلقاً ويشترط التنقية، وإذا تقرر هذا قال الشافعي[3] هاهنا: والقثاء يؤكل صغاراً طيباً فبدو صلاحه أن يتناهى عظمه، وأراد به أن القثاء في حال صغره يباين التمر في أول حاله ولكنه مع مباينة توافقه في أن له وقتاً معلوماً تبدو الصلاح فيه ويأمن من الآفة كما للثمر وهو أن يتناهى عظم بزر القثاء ولهذا يتركه [٩٥/ب] الناس في العادة إلى هذا الوقت ثم يقطعونه ومقصود الشافعي بالتناهي أن يكبر كبراً غير مفرط، وليس قصده أن يفرط حتى ينتهي إلى أقصى غاية كبره، إذ العادة قطعه قبل ذلك لما في تركه من تراجع قيمته، وهذا هو الجواب عن اعتراض ابن داود على الشافعي المحسوسات حيث قال: والقثاء يؤكل صغاراً طيباً وهذا يعلم بالحس وكان يحب القثاء فذكره. فإذا تقرر هذا يعتبر بدو الصلاح في بعض الثمار، ولو في شمراخ أو عنقود منها أو بُسْرة واحدة منها فإذا حصل ذلك صار الباقي تابعاً في جواز البيع على الإطلاق، وأما الكلام في النوعين المختلفين وإذا أفرد ما لم يبد صلاحها في حائط قد بدا صلاح بعضها فعلى ما بيناه في الناس.

وقيل: نص في البويطي على أنه إذا كان أحدهما صيفي والآخر شتوي لا يتبع أحدهما الآخر، وأما العنب لا يصير تابعاً للرطب ولا جنس من الثمار يكون تابعاً لجنس آخر، ولا ثمرة حائط تابعة لثمرة حائط آخر قال الليث بن سعد: إذا بدا الصلاح في جنس كان بدو الصلاح في [٩٦/أ] جميع ثمار ذلك البلد ويجوز بيع جميعها مطلقاً

---

(١) أخرجه مسلم (١٥٣٥/٥١)، والبيهقي في «الكبرى» (١٠٥٨٨).

(٢) انظر الأم (١٦٨/٢). (٣) انظر الأم (١٦٨/٢).

وقال مالك: إذا بدا الصلاح في جنس كان بدو الصلاح في ذلك الجنس في جميع البلد الواحد إذا كان الصلاح معهوداً لا مسكن أو لا يكون بدو الصلاح في جنس آخر. وهذا غلط لما روي أن النبي ﷺ: «نهى عن بيع العنب حتى يسود وعن بيع الحب حتى يشتد»[١] ولم يفصل بين أن يكون بدو الصلاح من جنس آخر أو في حائط آخر، ولأنا إنما جعلنا بدو الصلاح في بعضه كبدوه في كله لئلا يؤدي إلى اختلاف الأيدي وسوء المشاركة ويقارب التلاحق في الزمان وهذا المعنى لا يوجد في الجنسين، ولا في الحائطين وكل موضع قلنا: لا يجوز بيعه إلا بشرط القطع فباع بهذا الشرط كان للبائع مطالبته بالقطع فإن تراضيا على ترك القطع إلى أوان الجذاذ ولم يضر البيع شيئاً.

فرع

لو باع ثمرة على شجرة لم يبد صلاحها على شجرة مقلوعة لا يضر فيه. وقد قال أصحابنا: يجوز بيعها مطلقاً من دون شرط القطع، لأنها لا تنمو ولا يأخذ من أجزاء الشجرة [٩٦/ب] ولو بقيت عليها بخلاف غيرها.

مسألة[٢]: قال: «ولا وجه لمن قال: يجوزُ إذا بدا صلاحهُما ويكونُ لمشتريهما ما ثبتَ أصلهما أن يأخذَ كلما خرجَ منها وهذا محرم» قصد به الرد على مالك حيث قال: إذا اشترى الخربز أو القثاء بعد تناهي عظمه أو عظم بعضه من غير شراء أصله كان للمشتري جميع ما يخرج من حوادثهما لأنه يشق تميزه ومذهبنا أن الحوادث الخارجة للبائع، ولو شرط ذلك بطل البيع واحتج الشافعي بأن قال: هذه الحوادث كانت غير مخلوقة عند العقد فكيف يدخل في العقد؟ ويبعد أن يشترط فيما برز بدو الصلاح ثم يقال: يدخل في غير البارز في العقد، ولو جاز ذلك مثل هذا لجاز ذلك في النخل «وقد نهى رسول الله ﷺ عن بيع السنين»[٣] وهو أن يقول الرجل للرجل: بعت منك ما تحمل هذه النخلة ثلاث سنين أو أربع سنين بكذا لأنه بيع ما لم يخلق وليس بعقد سَلَم موصوف، بل هو بيع العين فإن باع الأصل من الثمرة يجوز، ولكن لا بد من شرط [٩٧/أ] القطع فإن شجر الخربز والباذنجان والقثاء زرع على ما ذكرنا ثم إذا شرط القطع فلم يتفق، فكل ما كان خارجاً وخرج بعد البيع يحصل للمشتري وهذا هو الوجه في تحصيل كل الثمرة الموجودة وغيرها للمشتري، وإن أراد الخلاص من مطالبته بالقطع استأجر منه الأرض سنة أو سنتين، فحصل له منفعة تلك المسألة ولا يملك صاحب الأرض مطالبته القطع، ولو اشترى نصف الثمرة مشاعاً من زرع أو تمر لم يبد صلاحها لا يجوز، لأنه لا يمكن قطعه إلا بقطع الباقي الذي ليس بمبيع فلا يمكن شرط القطع فيه.

مسألة: قال[٤]: «وكلُّ ثمرةٍ وزرعٍ دونها حائلٌ من قشرٍ أو كمامٍ».

---

(١) أخرجه أحمد (٣/ ٢٢١، ٢٥٠)، وأبو داود (٣٣٧١)، والترمذي (١٢٢٨)، وابن ماجه (٢٢١٧)، وابن حبان (٤٩٧٢).

(٢) انظر الأم (٢/ ١٦٩).

(٣) أخرجه أحمد (٣/ ٣٠٩)، وأبو داود (٣٣٧٤)، والنسائي (٤٦٢٦، ٤٦٢٧)، وابن ماجه (٢٢١٨).

(٤) انظر الأم (٢/ ١٧٠).

الفصل

جملة الثمار ضربان: بارزة وفي كمام فالبارزة كالتفاح والسفرجل والخوخ والرطب ونحو ذلك يجوز بيعها مقطوعة على الأرض في أصولها بعد أن بدا صلاحها كيف شاء وقبل بدو صلاحها بشرط القطع، لأنها معلومة بالمشاهدة، وأما التي في كمام فعلى ضربين: [٩٧/ب] كمام هو من مصلحتها وحافظ لرطوبتها ويزال عنها عند الأكل كالرمان والبطيخ والموز فهذه كالبارزة سواء وكمام لا مصلحة لها فيه وهو الكمام الفوقاني من الجوز واللوز والرانج والفستق والبندق. وفي معناها الباقلا الرطب فهذه لا يجوز بيعها وعليها الكمامان بحال لا مقطوعة ولا في أصولها. وحكي عن ابن القاص وأبي سعيد الإصطخري وهو اختيار علماء البصرة: يجوز بيع الباقلا الرطب في قشرتيه، وكذلك اللوز الرطب لأن القشرة الثانية مأكولة في حال رطوبته وهو وقت كمال المنفعة فإن جف لا يجوز، وبه قال أبو حنيفة ومالك وأحمد، وإن كان جافاً، ثم قاسوا على هذا الجوز والرانج واحتجوا بأن هذا حائل من أصل «الخلقة» فلا يمنع جواز البيع كقشر الرمان وهذا خلاف نص الشافعي في «الأم» لأنه قال فيه: لا يجوز بيع الباقلا في قشرتيه فإن أزيلت القشرة الخضرة وظهرت القشرة البيضاء جاز بيعه وتعييب القول في قشره أسوأ حالاً من تعييب اللحم في الجلد لأنه يعلم به عجافته من سمنه [٩٨/أ] ويقال: الجلد في الحيوان حافظ لمنفعته ولا يعلم به حال الباقلا ولإبقاء القشرة عليه حافظ لمنفعته لأنه يسود ويتغير في قشره، فإذا لم يجز بيع اللحم في الجلد فلأن لا يجوز بيع الباقلا في القشرة العليا أولى.

وقال بعض أصحابنا بخراسان: بيع هذه الأشياء في قشرتها عند الجفاف لا يجوز خلافاً لأبي حنيفة وقد قيل: فيه وجهان مبنيان على قولي بيع الغائب لأن عليه ساتر إلا من مصلحته، وفي حال رطوبتها وجهان، لأنه ما دام الجوز رطباً فصلاح لبه في قشرتيه ولو رفعت القشرة العليا عنه تسارع إليه الفساد ويجوز بيع اللوز الرطب وجهاً واحداً، لأنه يؤكل مع قشرتيه فلم تستر بما ليس بمقصود، قالوا: والمذهب الصحيح جواز البيع في الكل. وحكى الربيع عن الشافعي ما يدل على جوز البيع وهذا القول أحب إليّ ولكن ظاهر مذهب الشافعي ما تقدم.

مسألة(١): قال: ولم أجدُ أحداً من أهلِ العلم يأخذُ عشر الحبوب في كمامها ولا يجيز بيع الحنطة في سنبلها مفردة [٩٨/ب] عن السنبل لا يجوز إجماعاً، وأما بيعها مع السنبل هل يجوز؟ قال في القديم: يجوز وبه قال مالك وأبو حنيفة وأحمد لما روي عن رسول الله ﷺ: «أنه نهى عن بيع الحب حتى يشتد»(٢) وروي «حتى يفرك» وقال في الجديد: لا يجوز وهو الصحيح لأنه لا يدري قدر ما في السنبل من الحنطة وأنه جيد أو رديء، ولأن المقصود مستور بما يدخر إذا خرج منه غالباً فاشتبه بيع الجوز في قشره

---

(١) انظر الأم (٢/ ١٧٠ ـ ١٧١).

(٢) أخرجه الحاكم (٢/ ١٩)، والبيهقي في «الكبرى» (١٠٦١٥).

العليا. واحتج الشافعي بأنه لا يجوز في تبنها ولا يعرف فيه خلاف إلا من يتقسف منهم فيسوى تبنها في تبنها، وتبنها في سنبلها، وقال: لا يجوز بيع فضة في تراب بالتراب لأن المقصود مستور بما لا مصلحة له فيه، فكذلك لا يجوز هذا أيضاً، وإنما قال: بالتراب ولم يقل بالفضة لئلاً يتوهم متوهم أن إبطال البيع للتفاضل ولكن للجهالة. وقال: أجمع العلماء أنه لا يجوز أحد عشر الحبوب في أكمامها فكذلك لا يجوز بيعها في تلك الحالة. وأما الخبر الذي ذكروا روي حتى يفرك بفتح الراء فتصير حجتنا، وقيل: نهى قبل ذلك لعلة [٩٩/أ] وهي خوف الجائحة، فإذا اشتد زالت هذه العلة وبقي المنع لعلة أخرى، وهي الجهالة وقيل قول واحد لا يجوز بيعها في سنبلها، وقول القديم مرجوع عنه وقيل: القولان فيه كالقولين في بيع الغائب. وقال القاضي الطبري: حكى ابن المنذر والربيع: أن الشافعي رجع عن إفساد البيع فيها، وقال معنى السنة فاضربوا عليه وهو غريب.

فرع

بيع العدس والحمص والدخن والسمسم في سنبلها كالحنطة سواء، وأما الشعير والذرة وما يكون حبها ظاهراً يجوز بيعها في سنبلها لأنها تدخر عليها، وقال بعض أصحابنا بخراسان: الذرة كالحنطة وهذا أظهر.

فرع آخر

الشعير بعد الدياسة إذا بيعت في التبن لا يجوز، لأن المقصود وهو الحب مستور بما ليس من إصلاحه، إلا إذا جوزنا بيع الغائب، واشترى الحب دون التبن فيجوز وإذا أخرج له الخيار ومؤنة إخراجه على البائع، لأن التسليم به يقع. وقيل: قول واحد لا يجوز للجهل، وكذلك لو سلخ الجلد ثم وضع اللحم فيه [٩٩/ب] ثم بيع اللحم مستتراً بالجلد يجوز على قول من يجوز بيع الغائب والمذهب أنه لا يجوز.

فرع آخر

بيع الأرز في قشرته السفلى وهي الحمراء يجوز بلا خلاف لأنه لا يدخر بعد إخراجه منها، وأما بيعه في قشرته العليا وهي الصفراء قال أبو حامد: هو عندي بمنزلة الحنطة في السنبلة فيه قولان، وبه قال بعض أصحابنا، وقال غيره: يجوز بيعه قولاً واحداً، لأنه يدخر عليه ولا يرفع عنه والقشرة التحتانية بمنزلة النخالة. وإذا رفعت الفوقانية أسرع الفساد إليه وهو كالشعير سواء، ومن قال خلاف هذا لم يعلم حالة التأبير في ادخار الأرز، وذكر القاضي الطبري وهو اختيار ابن أبي أحمد وصاحب «الإفصاح».

مسألة: قال[1]: ولا يجوزُ أن يَستَثني من الثمرةِ مُدّاً.

الفصل

إذا باع ثمرة على الشجرة أو موضوعة بالأرض، واستثنى منها مداً أو رطلاً أو أكثر

(١) انظر الأم (٢/ ١٧١).

لا يجوز البيع، لأنه باع نصيباً من جملته من غير أن يكون النصيب معلوماً بكيل أو [١٠٠/أ] وزن أو جزء معلوم فأشبه إذا قال: بعتك بعض هذه الصبرة، وقال مالك: يجوز ذلك لأنه استثنى معلوماً وهذا غلط لما روي أن النبي ﷺ: «نهى عن بيع السنين والثنيا». ومعناه أن يبيع شيئاً ويستثني بعضه فظاهره أنه لا يجوز كل بيع حصل فيه الاستثناء إلا إذا أقام الدليل، ولأن هذا البيع معلوم بالمشاهدة لا بالقدر فإذا استثنى قدراً بغير حكم المشاهدة لأنه لا يدري كم تبقى في حكم المشاهدة منه ويخالف إذا استثنى جزءاً لأنه لا يغير حكم المشاهدة ولا يمنع المعرفة بها. ولو قال: بعتك هذه الصبرة إلا ربعها أو قال: بعتك ربع هذه الصبرة جاز لأن المبيع معلوم بعد الاستثناء، وقال الأوزاعي: لا يجوز لا بيع على شرط الشركة وهذا غلط لأنه لو باع ثلاثة أرباعها جاز، كذلك هذا ويفارق المسألة قبلها لأن استثناء المد يجعل الباقي مجهول المقدار فإنهما لو سئلا كم المد من الحائط أَسهُمٌ من ثلاثة أَسْهُم أو سهم من ألف سهم [١٠٠/ب] أو أقل أو أكثر؟ لم يعرفا ذلك، ولو استثنى نخلات من البستان نُظِر فإن قال: بعتك هذه القيل إلا ثلاث نخلات أو نخلة لا يجوز، وإن عين النخلات يجوز.

وقال مالك: لو لم يعين وكان قدر الثلاث يجوز وكان له ثمرة ثلاث نخلات وسط، وإن كان أكثر من الثلاث لا يجوز، وكذلك لو قال: بعتك نخلة أو نخلات منها ولم يعين لا يجوز، ولو كانت الصبرة معلومة المقدار فقال: بعتك إلا مدّاً منها يجوز لأن المد منها حينئذٍ يكون جزءاً معلوماً.

فرع

لو قال: اشتريت منك هذا الثوب بهذه الدراهم إلا خمسة دراهم لم يجز لأن الثمن مجهول، ولأن استثناء المعلوم من المجهول لا يجوز.

فرع آخر

لو قال: بعتك هذه الثمرة بأربعة آلاف إلا مقدار الألف قال في الصرف: يجوز لأنه استثنى ربعها، ولو قال: إلا ما يساوي ألف درهم كان باطلاً لأنه استثنى بقيمة ألف وذلك يقل ويكثر فلا يجوز.

فرع

لو قال: بعتك هذه الشاة إلا [١٠١/أ] سواقطها لا يجوز حضراً كان أو سفراً، وحكي عن أبي حنيفة: يجوز ذلك استحباباً والمشهور خلافه، وهذا غلط لأنه يؤدي إلى جهالة المبيع، وقال أحمد: يجوز ويوقف في استثناء الشحم، وحكي عن مالك: يجوز ذلك في السفر لأن المسافر لا يمكنه الانتفاع بالسواقط وهذا غلط، لأنه يمكنه طبخها كما يطبخ اللحم ولأنه لا يجوز إفراد هذه بالبيع منها فلا يجوز استثناؤها.

فرع آخر

لو قال: بعتك قفيزاً من هذه الصبرة إلا مكوكاً جاز، لأن القفيز والمكوك معلومان قدراً.

فرع آخر

لو قال: اشتريت صاعاً من هذه الصبرة فظاهر المذهب أنه يجوز وإن لم يعلما كم صيعان الصبرة، وإن تلف البعض فما دام هناك صاع فالمبيع باقٍ، وإن لم يتلف فللبائع أن يؤدي صاعاً منها من أي موضع شاء.

وقال داود: لا يجوز هذا البيع لأنهما يختلفان فيقول البائع: أكيل لك من هذا الجانب ويقول المشتري: لا بل من الجانب الآخر وهذا غلط، لأنه يؤدي إلى الاختلاف بل الخيار للبائع كما لو أسلم [١٠١/ب] إلى رجل في طعام للبائع أن يعطيه من أي موضع أراد، ولو قال: على أن تكيل لي من هذا الجانب صح ويكال له من ذلك حينئذٍ لأنه معين بالعقد.

وقال بعض أصحابنا بخراسان: الأقيس أن لا يجوز هذا البيع إلا أن يعرف عدد الصيعان ليكون الصاع منه جزءاً مشاعاً وإن تلف نصف الصبرة تلف من المبيع نصفه، ويكون تسليم الصاع بالمقاسمة كتسليم الحر المشاع إما بقرعة أو تراضٍ ووجه هذا أنه لا بد للمبيع من أن يكون في الذمة أو يكون عيناً بشاهد أو جزءاً مشاعاً من عين، والصاع من الصبرة المجهولة المقدار لم يوجد فيه شيء من هذا فأشبه إذا قال: بعتك ثوباً من هذه الثياب العشرة لما لم يكن جزءاً منها مشاعاً لم يجز تؤكده أنه لو فرق الصيعان، وقال: بعتك هذه الصيعان لم يجز كذلك إذا كانت مجتمعة وأيضاً شراء صاع من جملة مجهولة المقدار كاستثناء صاع من جملة مجهولة المقدار وذلك لا يجوز، ولأنه لو قال: بعتك عشرة أذرع من هذه الأرض أو [١٠٢/أ] من هذه الدار لم يجز إلا أن يكون فرعان الكل معلومة، حتى يكون المبيع جزءاً شائعاً منها أو يتعين جانباً ليتعين الطول والعرض للمبيع، فإن قلتم: جوانب الدار تتفاوت وصيعان الصبرة لا يتفاوت فقد يكون أرضاً لا تتفاوت، أجزاؤها ومع ذلك لا يجوز، وهذا اختيار القفال ودلائله.

فرع آخر

لو باع ثمرة واستثنى منها قدر الزكاة يجوز، ولكن لا بد من ذكر قدر الزكاة أَعُشْرٌ أو نصف عشر؟ وقال مالك: لا يلزم ذكر القدر لأنه معلوم شرعاً وهذا غلط، لأنه لو صح هذا لما لزم اشتراط الزكاة.

فرع آخر

قال في «الحاوي»[١]: إذا استثنى البائع قدر الزكاة وأمر المشتري بأدائها فأراد المشتري أن يرفع قدر الزكاة من غير هذه الثمرة فيه وجهان **أحدهما**: يجوز له ذلك لأنه يحل فيها محل البائع وقد كان للبائع دفع الزكاة من غيرها، **والثاني**: لا يجوز له ذلك لأن المشتري لم يملك قدر الزكاة بعقد ولا غيره، وإنما هو كالوكيل فيها [١٠٢/ب] بخلاف البائع فإنه لو كان مالكاً لها وهذا هو المذهب الذي لا يجوز أن يقال غيره عندي.

---

(١) انظر الحاوي للماوردي (٥/ ٢٠٢).

فرع آخر

قال: لو أن المشتري استهلك كلها رطباً فيه وجهان **أحدهما**: يطالب المشتري بعشر الثمرة ثمراً وهذا على الوجه الذي يجيز له دفع الزكاة من غيرها فيجعل ذلك منه ضماناً لعشرها ثمراً، **والثاني**: يطالبه بقيمة عشرها رطباً وهذا على الوجه الذي يمنعه أن يدفع الزكاة من غيرها لأنه استهلك حق المساكين رطباً، فعلى هذا إن كان قيمة عشرها رطباً أقل من قيمة عشرها ثمراً هل يرجع على البائع بفضل ما بينهما من النقص؟ وجهان مخرجان من اختلاف قوليه في الزكاة هل وجبت في الذمة أو في العين؟ فإن قلنا: في الذمة رجع عليه بقدر النقص لاشتغال الذمة بها، وإن قلنا: في العين لم يرجع بقدر النقص لزوال يده عن العين.

مسألة: قال[1]: وإن باعَ ثمرَ حائطٍ وفيه الزكاةُ ففيه قولان.

قد ذكرنا هذه المسألة في كتاب الزكاة ونص هاهنا [١٠٣/أ] على قولين بكم يجيز الباقي من الزكاة بحصته من الثمن؟ أو بكل الثمن وسكت عن قول فساد البيع الذي نص عليه في كتاب الزكاة فقال المزني[2]: هذا خلاف قوله في كتاب الزكاة، لأنه أبطل البيع هناك في أحد القولين وليس هذا باعتراض لأن له أن يفرع على أي القولين شاء وقد قال: وللسلطان أخذ العشر من الثمرة فإن قال قائل: أي فائدة في هذا وهل يشكل وجوب الزكاة حتى يحتاج في ذلك إلى البيان؟ قلنا: ربما يتوهم متوهم أن المبيع إذا صح صح في الجميع والزكاة في ذمة البائع أو صح فيما عدا الزكاة، والساعي ممنوع عن عين تلك الثمرة للشيوع الحادث فقطع هذا التوهم وبين أن السلطان يتبع تلك الثمرة حيث كانت حتى يأخذ زكاتها.

مسألة[3]: ولا يرجعُ من اشترى الثمرةَ وسلِّمتْ إليه بالجائحةِ على البائعِ.

الفصل

المبيع إذا هلك لا يخلو من أحد أمرين، إما أن تكون ثمرة أو غير ثمرة فإن لم تكن ثمرة كالثياب والحيوان فلا يخلو إما أن يكون هلاكه قبل القبض أو بعده [١٠٣/ب] فإن كان بعد القبض كان من ضمان المشتري، وإن كان قبل القبض نُظِر فإن أهلكه المشتري استقر العقد وكان من ضمانه، وإن هلك بأمر سماوي كان من ضمان البائع بالثمر قولاً واحداً، وقال بعض أصحابنا بخراسان: متى ينفسخ؟ وجهان **أحدهما**: يوم التلف، **والثاني**: من أصله والزوائد الحاصلة قبل التلف مبنية على هذين الوجهين.

فإن قلنا: ينفسخ في وقته فهي للمشتري مجاناً، فإن قلنا: ينفسخ من أصله فهي للبائع وهل للبائع حبس الزوائد لاستيفاء الثمن على هذين الوجهين وإن أتلفه أجنبي فيه طريقان: قال ابن سريج: لا يبطل البيع قولاً واحداً، وبه قال أبو حنيفة، وقال غيره:

---

(١) انظر الأم (٢/ ١٧٢).
(٢) انظر الأم (٢/ ١٧٢).
(٣) انظر الأم (٢/ ١٧٢ ـ ١٧٣).

فيه قولان: **أحدهما**: يبطل البيع لأن التسليم المستحق قد فات، **والثاني**: لا يبطل فعلى هذا للمشتري بالخيار أن يفسخ البيع ويرجع بالثمن على البائع وبين أن يخيره ويطالب الجاني بقيمة المبيع، وإن أتلفه البائع فالمنصوص الذي عليه عامة أصحابنا أن المبيع يبطل قولاً واحداً لأنه لا يمكن إيجاب القيمة على البائع يكون المبيع مضموناً عليه قبل القبض بالثمن فصار كما لو تلف [١٠٤/أ] في يده بآفةٍ سماوية، وقال ابن سريج: فيه قولان أيضاً، كما لو أتلفه أجنبي فإن اختار إجازة البيع على أحد القولين يطالب البائع بالقيمة ويطالبه البائع بالثمن، وقال أحمد: لا يبطل وعلى البائع مثله أو قيمته، وإن كان المبيع ثمرة نظر فإن هلكت بعد النقل والتحويل فمن ضمان المشتري وإن هلكت قبل القبض بعد التخلية فهل يوضع الجائحة عن المشتري؟ قال في الجديد: لا يوضع وهو الصحيح. وبه قال أبو حنيفة.

وقال في القديم فيه قولان: **أحدهما**: ما ذكرنا، **والثاني**: توضع وهو قول أحمد وإسحاق وأبي عبيد، وإنما اختلف قوله في المسألة لما حكي عن سفيان بن عيينة من التوهين في الحديث وذلك أن سفيان كان يروي عن رسول اللّه ﷺ أنه: «نهى عن بيع السنين» ثم زاد بعد زمان في الرواية وأمر بوضع الجوائح لفظه في الحديث نسيتها، ثم رأيت أن أروي ما حفظت قال الشافعي: فيحتمل أن يكون تلك اللفظة التي نسيتها دلالة على أن الأمر بوضع الحوائج على سبيل الندب وكان الأمر ما ظن [١٠٤/ب] الشافعي إذ قد روي في بعض أحاديث الجائحة أن امرأة أتت رسول اللّه ﷺ وقالت: إن ابني اشترى ثمرة من فلان فأذهبتها الجائحة فسأله أن يضع عنه فتألى أن لا يفعل فقال ﷺ: «أتألى فلان أن لا يفعل خيراً»، وروي «آلى فلان أن لا يصنع معروفاً»، وفي تسميته معروفاً دلالة على أنها استحباب، والدليل على صحة هذا أن قبض الأعيان الذي يتعلق به جواز التصرف ينتقل به الضمان فإن قلنا: لا يوضع كان من ضمان المشتري وإن قلنا: يوضع كان كما لو كان قبل القبض فيها الأقسام الأربعة: وهي أنها إن هلكت بآفة سماوية بطل البيع، وإن أهلكها المشتري كان من ضمانه، وإن أهلكها البائع أو الأجنبي فعلى الطريقين.

وقال مالك: إن كان الجائحة دون الثلث لم توضع عن المشتري ويلزمه كل الثمن، وإن كان قدر الثلث فصاعداً يوضع عن المشتري واحتج بأنه لا بد في الثمرة أن يأكلها الطائر وتسقط بهبوب الريح، فلا بد من فصل وهو ما ذكرت وهذا غلط، لأن هذا [١٠٥/أ] القدر الذي يهلك بأكل الطائر لا يؤثر في العادة ولا يبلغ ما جذ إلا أن يقع عليها الجراد فلا يبقى شيئاً ويكون ذلك من جملة الجائحة، وقد قال الشافعي: لا وجه إلا وضع الكل أو إلزام الكل ولا خبر في التقدير بالثلث ولا قياس ولا معقول.

فرع

لو هلكت بعد أوان الجذاذ قبل النقل فإن قلنا: لا توضع الجائحة إذا لم يبلغ أوان الجذاذ فهاهنا أولى وإن قلنا: يوضع قبل أوان الجذاذ فهاهنا قولان **أحدهما**: لا يوضع لأنه فرط في ترك النقل وهو اختيار أبي حامد والقفال، **والثاني**: يوضع فعلى هذا كان الجائحة قبل أوان

الجذاذ، وهذا لأن في كمال القبض في قوله القديم قولين **أحدهما**: ببلوغ الثمرة أوان الجذاذ، فإذا أمكن الجذاذ بعد التحلية صارت مقبوضة، **والثاني**: بوجود الجذاذ لا بإمكانه.

فرع آخر

إذا قلنا: بوضع الجوائح لو اختلف البائع والمشتري في مقدار الهالك فالقول قول البائع، لأن الأصل السلامة نص عليه في «الأم».

فرع آخر

قال [١٠٥/ب] أصحابنا بالعراق: لا فرق على القولين بين أن يكون الهلاك بأمر سماوي أو بسرقة آدمي أو نهب وهو ظاهر المذهب. وقال بعض أصحابنا بخراسان: إن كان بفعل آدمي فيه وجهان أحدهما: ما ذكرنا لأن ذلك جائحة في العادة، والثاني: لا توضع وبه قال أحمد، لأنه يمكنه أن يتبع الجاني فلا حاجة إلى الوضع. وحكي هذا عن مالك وهذا ينتقض بالعبد إذا قتل في يد البائع يبطل البيع عند مالك. وإن أمكن الرجوع إلى القيمة.

فرع آخر

لو لم يتلف الثمرة ولكنها عطشت ولا ماء هناك نص الشافعي على أن للمشتري الخيار واختلف أصحابنا في هذا فمنهم من قال: له الخيار قولاً واحداً، لأن نقل الماء إليها عند الحاجة من نظام التسليم، ألا ترى أنها تبقى على أصولها حتى تبلغ أوان جذاذها فينقلها المشتري أولاً فأولاً، ومن أصحابنا من قال: هذا على قوله القديم في وضع الجائحة القولان على ما ذكرنا، ولو باع بشرط القطع فلم يقطع حتى أصابته آفة فلا شيء على البائع لأن حق السقي لا يلزمه حينئذٍ. [١٠٥ب/٦]

فرع آخر

قال ابن سريج: لو كان المبيع عبداً فذهبت يده في يد البائع نُظِر فإن كان بآفة سماوية فالمشتري بالخيار بين الإمساك بكل الثمن وبين الرد. وحكى البويطي قولاً آخر أنه يأخذه بحصته من الثمن، قال القاضي أبو حامد: وهذا لا يصح على مذهب الشافعي وإن كان بقطع الأجنبي فالمشتري بالخيار، فإن رد كان للبائع على الجاني نصف قيمة العبد وللمشتري على البائع الثمن، وإن أمسك كان عليه للبائع كمال الثمن ويرجع المشتري على الأجنبي بنصف قيمة العبد ولكنه يطالبه بعد قبض المبيع ولا مطالبة له قبل قبضه لأنه ربما يموت في يد البائع فيبطل البيع فيه ويجب أرش الجناية لبائعه، وإن كان القاطع هو البائع فالمشتري بالخيار فإن رد فلا كلام وإن أمسك فبكم يمسكه؟ قولان بناء على ما لو قتله هل يبطل البيع؟ قولان فإذا قلنا: جنايته كآفة سماوية فالمشتري يأخذه بكل الثمن أو يرده، وإذا قلنا: جنايته كجناية الأجنبي فالمشتري يأخذه بكل الثمن ويرجع على البائع بنصف قيمة [١٠٦/ب] العبد بعد قبض المبيع لا قبله، وقيل: فيه وجه آخر يرجع بما نقص من القيمة، وإن كان القاطع هو المشتري فكأنه قبض نصف المبيع، فإن اندمل الجرح قبض الباقي واستقر الثمن عليه وإن هلك بعد

الاندمال بطل البيع في القدر الذي لم يقع القبض فيه وتم في مقدار ما قبضه المشتري من المبيع ورجع على البائع بقدر ما فاته ولا يوجب في يده مقداراً ولكنا ننظر إلى ما نقص بالقطع، فإن نقص النصف فقد قبض المشتري نصف المبيع وإن نقص الثلث فقد قبض المشتري ثلث المبيع ويرجع بما بقي وعلى هذا وهذا لأنا أوجبنا بنصف قيمته ربما كان ذلك بقدر كل الثمن، فيأخذ البائع من المشتري كل الثمن وإنما حصل له نصف المبيع وذلك لا يجوز. وذكر القاضي الطبري هاهنا أنه يرجع عليه بنصف الثمن وقد قبض نصف المبيع بقطع اليد والأصح ما ذكرنا. وقال في «الحاوي»[1]: فيه وجهان **أحدهما**: يرجع البائع عليه بنصف القيمة كما في الأجنبي، **والثاني**: يرجع بما نقص من قيمته، لأن الجناية كانت في ملكه بخلاف الأجنبي [١٠٧/أ].

باب المزابنة والمحاقلة

قال[2]: أخبرنا سفيان بن عيينة وذكر الخبر، المحاقلة بيع السنابل بجنسها من الحب والحقل هو البقل وكل حشيش رطب والمحاقلة مشتقة من ذاك وقيل: الحقل: الأرض البيضاء التي تصلح للزرع والمحاقلة مشتقة من ذاك، وذكر أصحابنا عن مالك أنه قال: المحاقلة أكثر الأرض ينقص ما يخرج منه وهو المخابرة، وهذا غلط لما روى عطاء عن جابر رضي اللّه عنه أن النبي ﷺ: «نهى عن المحاقلة والمزابنة»[3]، وفسر عطاء المحاقلة، وقال: المحاقلة في الحرث كهيئة المزابنة في النخل سواء بيع الزرع بالقمح، وقال ابن جريج: قلت لعطاء: أَفَسَّرَ لكم جابر المحاقلة كما أخبرتني؟ فقال: نعم، وروى الشافعي بإسناده عن جابر رضي اللّه عنه أن النبي ﷺ: «نهى عن المحاقلة والمزابنة» والمحاقلة[4] أن يبيع الرجل الزرع بمائة فرق حنطة والمزابنة أن يبيع التمر في رؤوس النخل بمائة فرق تمر [١٠٧/ ب] وقيل: هذا التفسير في الخبر، وقيل: إنه من الشافعي.

واحتج مالك بما روى أبو سعيد الخدري رضي اللّه عنه أن النبي ﷺ: «نهى عن المحاقلة والمزابنة»[5] والمحاقلة كرى الأرض وفي لفظ المحاقلة استكراء الأرض بالحنطة قلنا: خبرنا أولى، لأنه أشبه باللغة والقياس لأن إكراء الأرض بالحنطة بذل الحنطة في مقابلة منفعة الأرض، والمنفعة ليست بحنطة، وإذا باع السنبل بالحنطة فقد باع حنطة بحنطة مع الجهل بالتساوي، وذلك لا يجوز، وإذا تقرر هذا قوله: والمحاقلة أن يبيع الرجل الزرع بمائة فرق حنطة يوهم التسوية بين القصيل وبين الحب المشتد في السنابل وليس المذهب على ما توهم ظاهر اللفظ لأنه إذا باع قصيلاً لم يشتد حبه بحنطة يجوز البيع إذا كان بشرط القطع لأنه غير مطعوم قابل مطعوماً، وإنما يجوز إذا اشتد الحب لأنه مطعوم بمطعوم غير معلوم التماثل.

---

(١) انظر الحاوي للماوردي (٥/ ٢١٠). (٢) انظر الأم (٢/ ١٧٣).

(٣) أخرجه البخاري (٢١٧١)، ومسلم (١٥٤٢).

(٤) أخرجه الشافعي في مسنده (٢/ ١٥٢). (٥) أخرجه البخاري (٢١٨٦)، ومسلم (١٥٤٦).

وأما المزابنة قال الشافعي(١): وجماع المزابنة أن ينظر إلى كل ما عقد بيعه وفي الفضل في بعضه [١٠٨/أ] على بعض يداً بيد ولا يجوز منه شيء يعرف بشيء منه جزافاً ولا جزافاً، بجزاف من صنفه ومعناه أن المزابنة المحرمة ليست بمقصورة على التمر أو الثمار ولكن كل ما يحرم فيه التفاضل إذا بيع جزاف به بمعلوم أو جزاف يسمى مزابنة مثل أن يبيع ثمرة موضوعة بالأرض مكيلة بثمرة على رؤوس النخل أو ثمرة بثمرة موضوعتين على الأرض أو سائر المطعومات مما يجري فيه الربا إلا في العرايا على ما سنذكر وهو مشتق من الزبن وهو الدفع سمي به لأنهما ربما يتلفان فيما يحصل من ذلك الرطب هل كان مثل التمر ويؤدي الأمر بينهما إلى التدافع والخصومة يقال: تزابنا أي تدافعا ووافقنا مالك في تحريم هذا العقد ولكن تخالفنا في معنى اللفظ فنقول المزابنة أن يقول الرجل لآخر: صبرتك هذه مائة صاع مثلاً فيقول المالك لا بل هو أقل فيقول ضمنتها لك مائة صاع فإن زاد فلي وإن نقص فعليّ، فقال الشافعي(٢): هذا قمار بخاطره وليس بعقد ولا من المزابنة في شيء وهكذا لو قال الرجل: عد قثاك أو بطيخك هذا المجموع فما نقص من مائة فعليَّ وما [١٠٨/ب] زاد فلي أو اطحن حنطتك هذه فما زاد على كذا فليّ وما نقص فعليَّ فهذا محرم غير مأذون فيه وداخل في القمار وأكل المال بالباطل.

فرع

روي أن النبي ﷺ: «نهى عن بيع المعاومة»(٣) وهو بيع السنين وقد ذكرنا صورته.

فرع آخر

روي أنه ﷺ: «نهى عن بيع المجر» قال أبو عبيد: هذا يقرأ بالتخفيف وهو بيع حمل الناقة، وهذا لأنه غرر ومخاطرة وقيل: المجر القمار والمجر المزابنة والمحاقلة.

باب بيع العرايا

قال: أخبرنا مالك الخبر، ورد عن رسول اللّه ﷺ إخبار عن بيع العرايا منها ما روى الشافعي رضي اللّه عنه عن داود بن الحصين عن أبي سفيان عن أبي هريرة رضي اللّه عنه «أن رسول اللّه ﷺ أرخص في العرايا فيما دون خمسة أوسق أو في خمسة أوسق»(٤) الشك من داود.

وروى ابن عمر رضي اللّه عنهما أن النبي ﷺ: «نهى عن بيع [١٠٩/أ] التمر بالتمر إلا أنه أرخص في العرايا»(٥)، وروى الشافعي: حديثاً فيه قلت لمحمود بن لبيد أو قال محمود بن لبيد لرجل من أصحاب رسول اللّه ﷺ إما زيد بن ثابت أو غيره: ما عراياكم هذه؟ وسمى رجالاً محتاجين من الأنصار شكوا إلى رسول اللّه ﷺ أن الرطب يأتي ولا نقد بأيديهم يبتاعون به رطباً يأكلونه مع الناس وعندهم فضول من قوتهم من التمر

---

(١) انظر الأم (٣/ ٥٤).
(٢) انظر الأم (٣/ ٥٥).
(٣) أخرجه ابن أبي شيبة (٧/ ٣٢٠).
(٤) أخرجه البخاري (٢١٩٠)، ومسلم (١٥٤١/ ٧١).
(٥) أخرجه البخاري (٢١٩١)، ومسلم (١٥٤٠)، وأحمد (٤/ ٢).

فرخص لهم أن يبتاعوا العرايا بخرصها من التمر الذي في أيديهم يأكلونه رطباً واتفقت الأمة على قبول هذه الأخبار ولكنهم اختلفوا في تأويلها ومعناها فقال الشافعي: معناها بيع الرطب في رؤوس النخل خرصاً بالتمر على الأرض كيلاً فيما دون خمسة أوسق فيجيء الخارص ويقول يجيء من هذا أربعة أوسق تمراً والآن رطباً ستة أوسق فيبيعها بأربعة أوسق تمراً ويقبض التمر في المجلس ويسلم إليه الرطب بالتخلية ثم يتفرقان ويعتبران بلون التمر أقل من خمسة أوسق ولا يجوز أن يزيد على خمسة أوسق وإن زاد الرطب على خمسة أوسق فلا بأس كما صورنا [١٠٩/ب].

وقال أحمد: هكذا ولكنه قال في رواية: ببيعها بمثله تمراً ويخرصها رطباً، وقال مالك: معناها أن يهب الرجل نخلة من حائطه من الغير فيقبل الغير الهبة، فيلزم بنفس العقد عنده، فإذا حملت النخلة فلمالكها أن يتردد ويدخل حائط غيره ويلتقطها فيشق ذلك على الواهب لأن العادة بالحجاز أن صاحب الحائط يخرج بأهله إلى حائطه أيام الثمار فيشق عليه دخول الأجنبي فيجوز للواهب أن يشتري تلك الثمرة من الموهوب له بما يجيء منه تمراً فيكون حقيقة البيع إلا أنه إنما يجوز في هذا الموضع المخصوص واحتج بأن العرية في اللغة الهبة والعطية قال الشاعر:

ليست بسنهاءٍ ولا رجبية ولكن عرايا في السنين الجوائح[1]

وهذا غلط لما ذكرنا من نصوص الأخبار، وقال الأزهري[2]: جماع العرايا كل ما أفرد ليؤكل خاصة سميت عرايا لأنها عريت من جملة الحائط، وقيل: سميت عرية لأجل تردد أهلها إليها فيلتقط ما أدرك منها كل مرة يقال: عروته أعروه وإذا [١٠٩ب/٦] قصدته للرفد، وقال أبو حنيفة: معناها أن يهب الرجل ثمره نخلة من حائطه لرجل، ويقبلها الموهوب له قبل أن يقبضها يبدو للواهب فيما وهب ويكره أن يرجع فيما بذل، فيقول للموهوب له: دع ما وهبت لك وأنا أعطيك تمراً بقدر ما يجيء من رطب هذه النخلة فهذا معنى البيع ولكن ليس بحقيقة البيع وهذا أيضاً غلط، لأنه اعتبر الخرص وقدر بخمسة أوسق أو دونها وسمّاه بيعاً فلا يحتمل إلا ما ذكرنا.

فإذا تقرر هذا عندنا لا يجوز بيع العرايا حتى يكون معلوم الطرفين **أحدهما**: بالكيل، **والثاني**: بالخرص وفيه أربع مسائل **إحديها**: ما ذكرنا فيجوز ذلك فيما دون خمسة أوسق ولا يجوز فيما زاد على خمسة أوسق، وهل يجوز في خمسة أوسق؟ قولان قال في «الأم»[3]: لا أفسخه في خمسة أوسق، وقال في الصرف: ولا يشتري من العرايا إلا أقل من خمسة أوسق بشيء ما كان وهذا اختيار المزني وأحمد ووجه الأول أن النبي ﷺ أرخص في العرايا ولم يفصل ثم قام الدليل فيما زاد على خمسة

---

(١) البيت من الطويل، وهو لسويد بن الصامت كما في اللسان «(٥٠٢/١٣)»، وبلا نسبة في سر صناعة الإعراب (٤١٤/١، ٤١٨ ـ ٥٤٧/٢).

(٢) انظر الزاهر في غرائب ألفاظ الشافعي (ص١٥٨).

(٣) انظر الأم (٤٩/٣).

أوسق وبقي الباقي [١١٠/ب] على الظاهر، وهذا اختيار أبي حامد، ووجه الثاني: أن بيع الرطب بالتمر لا يجوز في الأصل ولكن وردت الرخصة بجواز العرايا فيما دون خمسة أوسق يقيناً وفي خمسة أوسق شك فالمشكوك باقٍ على أصل التحريم. وروى جابر رضي اللّه عنه «أن النبي ﷺ رخص في العرايا الوسق والوسقين والثلاثة والأربعة»(١). ومن قال بالأول أجاب عن هذا بأن الشك إذا حصل في القدر المستثنى وقع الشك في المستثنى منه ومعناه خبر عام فلا يعارض ذلك بالمشكوك.

وقال القفال: معنى القولين هاهنا يرجع إلى أن النهي ورد أولاً ثم رخص في العرايا أو لم يرد النهي إلا والرخصة بها مقرونة، فإن كان النهي ورد أولاً ثم الرخصة من بعد وهو الأظهر والأصح فلا يجوز في خمسة أوسق لأن الأصل فيها النهي وإن لم يرد النهي إلا والرخصة مقرونة جاز في الخمسة، لأن الأصل في الخمسة الإباحة، وهذا أولى مما تقدم **والثانية**: أن يكونا معاً على وجه الأرض فلا يجوز بحال وهو بيع الرطب بالتمر، **والثالثة**: أن يكونا جميعاً في رؤوس النخل فباع [١١١/أ] بالخرص في الطرفين، **والرابعة**: أن يكون رطبان: **أحدهما**: على النخل، **والثاني**: على الأرض فباع بالخرص فيها اختلف أصحابنا فيهما على أربع مذاهب.

فقال ابن خيران: يجوز كلاهما سواء كانا نوعاً واحداً أو أنواعاً، وقال أبو إسحاق: يجوز في النوعين في رؤوس النخل خرصاً في الطرفين فأما في النوع الواحد فإذا كان أحد الرطبين في الأرض لا يجوز بحال، لأنه إذا كان على النخل وهما نوعان فله غرض صحيح بأن يشتهي نوعاً آخر يلقطه شيئاً فشيئاً ولا عرض في النوع الواحد، وقال ابن أبي هريرة: يجوز بيع الرطب على الأرض بالرطب على رؤوس النخل بكل حال، لأنه أدوم نفعاً، وإذا كانا على النخل يجوز إذا كانا من نوعين لاختلاف الشهوة ولا يجوز في النوع الواحد لعقد العائدة على ما ذكرنا.

وقال الاصطخري وجماعة وهو الأصح: إن كل ذلك باطل لأنه لم يرد الخبر إلا في بيع الرطب بالتمر خرصاً، ولأن الخرص إذا دخل فيهما يكثر الغرر وإذا دخل في أحد الطرفين وفي الطرف الآخر الكيل يقل الغرر.

فرع

قال [١١١/ب] بعض أصحابنا: إذا اشترى الرطب بالتمر في العرايا فإن أكل الرطب لا كلام وإن جفف فإن خرج بقدر التمر أو كان التفاوت كما يكون بين الكيلين يجوز وإن ظهر تفاوت ظاهر حكمنا ببطلان العقد لظهور ما يوجب الفساد.

فرع آخر

الغني والفقير في العرايا سواء وقال المزني وأحمد: لا يجوز العرايا إلا للمعير

(١) أخرجه ابن عبد البر في «التمهيد» (٢/٣٣٦).

المضطر وإليه أشار الشافعي في «الإملاء» والاستلاف الأحاديث للخبر الذي رواه زيد بن ثابت رضي اللّه عنه فقيل فيه قولان، وقيل قول واحد: لا فرق بينهما، وتأويل ما أشار في «الإملاء» على الأخبار من سببه، وهذا لأن كل بيع جاز من الفقير جاز من الغني كسائر البيوع.

فرع آخر

لا يجوز في العرايا إلا فيما بدا إصلاحه بسراً كان أو رطباً لأنه وقت الحاجة.

فرع آخر

لو ابتاع رجلان من رجلين عشرين وسقاً إلا مداً من العرايا يجوز لأنه يكون أربعة عقود، فيكون كل عقد أقل من خمسة أوسق، وقال أحمد: لا يجوز لأن عنده لا يجوز [١١٢/أ] أن يبيع أكثر من عرية واحدة وعندنا يجوز ذلك، وكذلك لو باع اثنان تسعة أوسق من أكثر من خمسة أوسق وهذا ضعيف.

مسألة[١]: قال: ويبيعُ صاحبِ الحائطِ لكلٍّ من رخصَ له وإن أتى على جميع حائطه. أراد به إذا كان له حائط فيه ثمر كبير، فباع ذلك بالثمر في عقود متفرقة كل عقد أقل من خمسة أوسق يجوز وإن أبى على جميع حائطه خلافاً لأحمد لأن كل بيع جاز بين متعاقدين جاز أن يتكرر بينهما، مثله كبيع الثوب فإن قيل: إذا جوزتم هكذا أبطلتم النهي عن المزابنة قلنا: المنهي عن المزابنة وجه يحمل عليه وهو إذا باع أكثر من خمسة أوسق في صفقة واحدة، فإذا تقرر هذا قال أصحابنا: هذا إنما يجوز إذا خرص عليه للزكاة، وقلنا: الخرص تضمين حتى يجوز له التصرف في الجميع وهذه المسألة تدل على صحة القول بالتضمين أو أراد إذا لم يبلغ ما في حائطه قدراً يجب فيه الزكاة أو أراد إلا قدر الزكاة إذا قلنا الخرص غيره. [١١٢/ب]

مسألة: قال[٢]: والعرايا من العنبِ كهي من الرطبِ لا يختلفان.

العرايا تجوز في العنب وهو أن يبيعه بالزبيب خرصاً، لأنه يخرص في الزكاة كالرطب ويمكن معرفة مقداره بالخرص لظهوره من الأوراق وهل جازت فيه قياساً أو نصاً وجهان: **أحدهما**: وهو اختيار البصريين جازت نصاً لأن زيد بن ثابت رضي اللّه عنه روى أن النبي ﷺ رخص في العرايا، والعرايا بيع الرطب بالتمر والعنب بالزبيب. **والثاني**: وهو اختيار ابن أبي هريرة وغيره جازت قياساً على النخل.

فرع

قال في كتاب البيوع الكبير من «الأم»: ولو قال قائل يجوز التحري في سائر الثمار كالتفاح والمشمش كان مذهباً فمن هاهنا قال بعض أصحابنا في العرايا: فيها قولان وقيل: القولان فيه كالقولين في المساقاة فيما عدا النخل والكرم، ومن أصحابنا من قال قول واحد: لا يجوز فيها وهو الأصح لأنه لا يدخل للخرص فيها لكونها متغطية

---

(١) انظر الأم (٢/ ١٧٩).

(٢) انظر الأم (٢/ ١٨٠).

بالأوراق ولا يحيط بها علم الخارص ويفارق [١١٣/أ] المساقاة على أحد القولين لأنها جوزت للحاجة والحاجة تعم جميع الثمار لتعذر التعهد بالسقي. وما فيه زيادة الثمار على كل أحد والله أعلم.

باب بيع الطعام قبل أن يستوفى

قال[١]: أخبرنا مالك. وذكر الخبر. إذا اشترى طعاماً لا يجوز له أن يبيعه قبل القبض من بائعه، لما روى ابن عمر رضي الله عنه أن النبي ﷺ قال: «من ابتاع طعاماً فلا يبيعه حتى يستوفيه»[٢]، وأما غير الطعام فعندنا حكمه حكم الطعام وبه قال ابن عباس رضي الله عنه ومحمد بن الحسن، وقال مالك: لا يجوز بيع الطعام المشترى قبل قبضه يجوز ما عداه. وحكي عنه فيما عداه إن كان توفيته على البائع بأن اشترى بالكيل لا يجوز بيعه قبل القبض، وقال عثمان بن عفان وسعيد بن المسيب والحسن: كل ما كان مكيلاً أو موزوناً لا يجوز التصرف فيه قبل القبض ويجوز فيما عداه، وبه قال أحمد وقال أبو حنيفة [١١٣/ب] وأبو يوسف: لا يجوز ذلك في المنقول ويجوز في العقار واحتج الشافعي بأن ابن عباس رضي الله عنه قال: أما ما نهى عنه النبي ﷺ فهو الطعام قال: ولا أحسب كل شيء إلا مثله[٣] قاله برأيه ثم بين الشافعي معنى هذا الرأي وذلك أن ضمانه من البائع فلم يتم فيه ملك المشترى، وروي أنه ﷺ كتب إلى عتاب بن أسيد حين وجهه إلى مكة «انههم عن بيع ما لم يقبضوا وربح ما لم يضمنوا»[٤]، وروى زيد بن ثابت رضي الله عنه أن النبي ﷺ «نهى عن بيع السلع حتى يجوزها التجار إلى رحالهم»[٥].

فرع

قال بعض أصحابنا: لا خلاف أن كل عقد ينقل الملك فيه كالهبة والوقف والكتابة لا يجوز فيه المبيع قبل القبض كالبيع، وهذا اختيار القاضي الطبري، وقال بعض أصحابنا: إذا قلنا: الوقف أزاله ملك إلى الله تعالى يجوز فيه قبل القبض كالعتق. وذكر في «الحاوي»[٦] أنه يجوز ويلزم به البيع الأول حتى إن لم يرفع البائع يده عنه فتلف يضمنه [١١٤/أ] بالقيمة دون الثمن ولم يذكر خلافاً وقيل: الوقف مبني على أنه يحتاج إلى القبول وفيه وجهان فإن قلنا: يحتاج إلى القبول فهو كالبيع وقيل: في العتق إن أذن البائع أو وفر الثمن أو كان الثمن مؤجلاً بنقد وإلا فهو كالراهن بعتق المرهون، وقيل في إجازته قبل القبض: إنه مبني على أن

(١) انظر الأم (٢/ ١٨٠).
(٢) أخرجه البخاري (٢١٢٤، ٢١٢٦، ٢١٣٣، ٢١٣٦)، ومسلم (١٥٢٦)، وأبو داود (٣٤٩٢)، والترمذي (١٢٩١)، وابن ماجه (٢٢٢٦، ٢٢٢٧).
(٣) أخرجه البخاري (٢١٣٥)، ومسلم (١٥٢٥).
(٤) أخرجه ابن أبي شيبة (٦/ ٥٧٢)، والبيهقي في «الكبرى» (١٠٦٨٢).
(٥) أخرجه أبو داود (٣٤٩٩)، وابن حبان (٤٩٦٣)، والحاكم (٢/ ٤٠).
(٦) انظر الحاوي للماوردي (٥/ ٢٢١).

للمعقود العين أو المنفعة فإن قلنا: على المنفعة يجوز، لأن حق البائع لا يتعلق بالمنافع والصحيح لا يجوز لأن الإجازة تقتضي تسليم العين ولا يقدر هو على التسليم.

فرع آخر

قد ذكرنا حكم الكتابة فيه وقال بعض أصحابنا: فيه قولان **أحدهما**: يجوز لأن المغلب فيها العتق ولا يتعذر تسليمه لأن البائع لا يمنع العبد المبيع من الاكتساب وهو مسلط على نفسه ولهذا صح كتابة العبد المغصوب، **والثاني**: وهو الأصح لا يجوز لأنه عقد معاوضة ولأن الكتابة تفتقر إلى تخليته للتصرف ولا يمكن فيه ذكره في «الحاوي»(١).

فرع آخر

قد ذكرنا حكم الهبة، وقال في «الحاوي»(٢): فيها قولان بناء على أنه هل يلزم فيها المكافأة أم لا؟ وفيه قولان [١١٤/ب] فإن قلنا: يلزم لا يجوز لأنها معاوضة، وإن قلنا: لا يلزم صحت الهبة.

فرع آخر

إذا قلنا: تصح الهبة فإن كان لأجنبي احتاج الواهب أن يقبضها من البائع بنفسه أو وكيله ليستقر ملكه ويسقط عن البائع ضمانه ثم يدفع إلى الموهوب له لتتم الهبة.

فرع آخر

لو أذن الواهب للموهوب له أن يقبضها من البائع فقبضها منه لم يصح، لأنهما عقدان يلزم في كل واحد منهما القبض فلم يكن القبض الواحد نائباً عن عقدين، ثم ننظر فإن كان الموهوب له قبضها لنفسه لم يكن قبضاً عن البيع ولا عن الهبة، أما عن البيع فلأن القبض لم يكن للمشتري، وأما عن الهبة فلأنه لا يصح إلا بعد قبض البيع والبائع ضامن لها بالثمن حتى إن تلفت بطل البيع، والمشتري الواهب ضامن لها بالقيمة، حتى إن تلفت غرمها للبائع لأنها مقبوضة عن أمره بوجه معاوضة، وهل يكون الموهوب له ضامناً لها بالقبض؟ وجهان **أحدهما**: لا يكون ضامناً لأنه ليس بمعاوض، **والثاني**: يكون ضامناً لأن [١١٥/أ] يده دخلت من جهة الواهب وهو ضامن وإن كان الموهوب له قبضها للواهب المشتري صح القبض في البيع وبرئ البائع من الضمان وضمنها المشتري بالثمن ولا ضمان على الموهوب له بالقبض، لأنه وكيل للواهب فيه ويحتاج إلى استئناف قبض لتتم به الهبة، فإن أذن له الواهب في قبض ذلك من نفسه ولم يجز أن يكون قابضاً من نفسه مقبضاً لها.

فرع آخر

لو باعه من بائعه من أصحابنا من قال: إن كان بغير جنس الثمر الأول أو بغير قدره بأن زاد أو نقص لا يجوز وإن باعه بجنسه وقدره كأن أقاله بلفظ البيع وقيل: يجوز لأن المنع لحقه أو العجز عن التسليم وهاهنا معدوم فهو كبيع المرهون من الراهن، ولو

---

(١) انظر الحاوي للماوردي (٥/ ٢٢٣).

(٢) انظر الحاوي للماوردي (٥/ ٢٢٣).

وهبه من البائع فإن قلنا يجوز البيع منه فالهبة أولى وحكمه حكم من وهب مالاً من رجل وهو في يده وإن قلنا: لا يجوز البيع ففي الهبة وجهان كالهبة من الأجنبي.

فرع آخر

إذا رهنه من غير البائع لا يجوز ولو رهنه من البائع نص الشافعي رضي الله عنه على جوازه، ذكره القاضي الطبري وذكره صاحب «التلخيص» والفرق بينهما أن الرهن [١١٥/ب] ليس بمضمون على المرتهن، وإذا كان العقد لا يتضمن نقل الضمان جاز عنده فيما لم يضمنه بخلاف البيع، ومن أصحابنا من قال: لا يجوز ذلك لأنه عقد يفتقر إلى القبض فأشبه الهبة، قال والدي رحمه الله: وهذا أقيس، وقال بعض أصحابنا بخراسان: إن قيل نقد الثمن لا يجوز وإن كان بعده فظاهر المذهب أنه يجوز لأنه استحق قبضه على وجه لا يمكن للغير منعه منه فهو كالميراث وقيل: إنه نص على هذا في «الأم» وقيل نص في «الأم»: أنه يجوز ونص في مواضع أنه لا يجوز فالمسألة على اختلاف حالين قبل نقد الثمن وبعد نقد الثمن، وقال في «الحاوي»[١]: إن كان قبل نقد الثمن لا يجوز بحال لأن للبائع حبسه فلا معنى لارتهانه على ثمنه ولا عند غير بائعه لحق البائع في حبسه وبعد قبض الثمن فيه ثلاثة أوجه **أحدها**: يجوز إذا جوزنا إجارته، **والثاني**: لا يجوز إذا لم نجوز إجارته، **والثالث**: وهو قول أكثر البصريين يجوز من بائعه خاصة لأن رهنه من بائعه يوجب استدامة ضمانه بالثمن الباقي للرهن ورهنه عند غير بائعه يبقى هذا [١١٦/أ] الضمان.

فرع آخر

لو كانت جارية فزوجها قبل القبض يجوز بلا خلاف ولا يكون وطء الزوج قبضاً وفيه وجه آخر: أنه لا يجوز، وقال أبو حنيفة: يكون وطؤه قبضاً وهذا غلط، لأن وطء الزوج إنما يكون قبضاً في حق نفسه في الاستمتاع ولا يكون قبضاً في حق غيره.

فرع آخر

لو أعتقه المشتري نفذ عتقه وكان قبضاً وقال ابن خيران: لا ينفذ عتقه وجعله بعض أصحابنا قولاً مخرجاً وهو ضعيف لأن العتق لا يفتقر إلى القبض ويصح في المغصوب.

فرع آخر

لو أباح للفقراء فأكلوا كان قبضاً منه.

فرع آخر

هل يجوز إجارته قبل القبض فيه وجهان **أحدهما**: يجوز لأنه عقد على منفعة وقد انتقل ضمان المنافع إليه بنفس البيع وهل ينتقل ضمان العين إليه، **والثاني**: لا يجوز لأنه عقد معاوضة فلا يجوز قبل أن نضمنه ولأنه يقتضي إقباضاً فلا يجوز ذلك، أما إذا

---

(١) انظر الحاوي للماوردي (٥/ ٢٢٣).

استأجر شيئاً فلا يجوز أن يؤاجره قبل القبض بلا إشكال [١١٦/ب].

مسألة[١]: قال: ومن ابتاعَ جزافاً فقبْضهُ أن ينقلُه من موضعهِ.

الكلام الآن في كيفية القبض والمرجع فيه إلى العرف والعادة فما كان في العرف والعادة قبضاً فهو قبض، وما لم يكن فيه قبضاً لم يكن قبضاً، وهذا كما يرجع إلى معرفة الحرز والنقد إلى العرف والعادة، فإن كان شيئاً حقيقاً كالدراهم والدنانير والجواهر فقبضها التناول والقبض بالتراجم، وإن كان ثقيلاً كالطعام والثياب الكثيرة المشدودة والخطب ونحوها فقبضها النقل من مكانه، وإن كان زورقاً قبضه أن يمده من مكانه ولو ذراعاً واحداً، وإن كان عبداً فأن يقيمه من موضعه إلى موضع آخر وإن كان دابة فبأن يجر بزمامها من مكانها إلى مكان آخر، وإن كان عقاراً فالقبض فيه التخلية، وإن كان داراً فبأن يخرج البائع منها ويدخل المشتري إليها ويدفع إليه المفتاح ويخلي بينه وبينها، وقد قيل: إذا تمكن من دخولها يصير قابضاً دخل أو لا، وإن باع طعاماً مكايلة فقبضه أن يكتاله، وإن باع جزافاً فقبضه أن ينقله على ما ذكر.

وقال مالك وأبو حنيفة: القبض في هذه الأشياء كلها [١١٧/أ] يحصل بالتخلية سواء كان مما ينقل أو لا ينقل وهذا غلط ولما روي عن ابن عمر رضي اللّه عنه قال: ابتعت زيتاً فلقيني رجل في السوق فأعطاني به ربحاً حسناً فهممت أن أضرب يده فأخذ رجل بذراع من خلفي فالتفت فإذا زيد بن ثابت فقال: لا تبعه حتى تجوزه فإن النبي ﷺ: «نهى أن تباع السلعة حيث تبتاع حتى تحوزها التجار إلى رحالهم»[٢] وروي عن ابن عمر رضي اللّه عنه قال: كنا نشتري الطعام من الركبان جزافاً فنهانا رسول اللّه ﷺ أن نبيعه حتى ننقله من مكانه»[٣]، وروى جابر رضي اللّه عنه أن النبي ﷺ «نهى عن بيع الطعام حتى يجري فيه الصاعان»[٤]، وروى أبو هريرة رضي اللّه عنه أن النبي ﷺ قال: «من اشترى طعاماً فلا يبعه حتى يكتاله»[٥].

فرع[٦]

لو اشترى طعاماً ثم استعار الحرز ولم يستوفه لم يكن قبضاً، ولو استأجره فيه وجهان **أحدهما**: يكون قبضاً لأنه بالإجارة ملك المنافع، **والثاني**: لا يكون قبضاً لأن ملك الحرز لم ينتقل والأصح الأول ولو ملك [١١٧/ب] الموضع الذي فيه ببيع أو هبةٍ كان قبضاً.

فرع آخر

لو اشترى شيئاً من دار بائعه ثم نقله إلى زاويةٍ أخرى فيها بإذنه حصل القبض،

---

(١) انظر الأم (١/ ١٨١). (٢) تقدم تخريجه.

(٣) أخرجه البخاري (٢١٦٦)، ومسلم (١٥٢٦/ ٣٢).

(٤) أخرجه ابن ماجه (٢٢٢٨)، والدارقطني (٣/ ٨)، وابن أبي شيبة (٧/ ١٩٧)، والبيهقي في «الكبرى» (١٠٧٠٠).

(٥) أخرجه مسلم (١٥٢٨/ ٣٩). (٦) انظر الحاوي للماوردي (٥/ ٢٢٧).

وصار كأنه أعاره تلك الزاوية ولا يشترط أن يخرجه من ملك البائع، وإن نقله من دون إذن البائع من زاوية داره إلى زاوية أخرى لا يصح القبض، وإن كان الثمن مؤدى لأنه لم يعره بالبقعة التي نقل إليها فهو كما لو لم ينقل.

فرع آخر

لو كان المبيع عقاراً فحصراه وقال: خليت بينك وبين هذه الأرض حصل قابضاً، وإن لم يحضرا وقالا بالقول خليت وتخليت فقبل أن يمضي إمكان الحضور لا يجعل قابضاً، وإذا مضى فيه وجهان: **أحدهما**: لا يصير قابضاً لأنه لم ينضم إلى القول قرينة، **والثاني**: يجعل قابضاً حكماً لأن البائع فعل أقصى ما قدر عليه والتقصير من جهته.

فرع آخر

لو باع داراً فيها متاع البائع لا يحصل قابضاً لمجرد التمكن من الدخول لأن البائع مستعمل للدار حقيقة ولكن يجعل القبض بأن يدخل الدار ويتسلط على [١١٨/أ] الموضع ويصير اليد له مشاهدة حتى قال أصحابنا: لو جمع البائع رحله في بيت وختم عليه ودخل المشتري الدار ويسكنها لا يجعل قابضاً كذلك البيع لكون البائع مستعملاً له.

فرع آخر

لو أودع البائع المبيع من المشتري لا يسقط حق حبسه لأن يد المودَع يد المُودع ولو أعار منه فيه وجهان: **أحدهما**: لا يبطل كما لو أعار الرهن من الراهن، **والثاني**: يبطل وبه قال أبو حنيفة: والفرق أن حق الرهن ثبت بعقد مقصود فلم يبطل بالإعارة وحق البائع ثبت استيفاء لما كان قيل له قبل زوال ملكه ويد العارية ليس له، لأن المستعير يأخذه لمنفعة نفسه فإذا سلم إليه لينتفع به فقد رضي بسقوط حقه.

فرع آخر

لو اشترى طعاماً بعينه ثم دفع إلى البائع غرائر وقال: انقل الطعام الذي اشتريته منك في هذه الغرائر ففعل ذلك في غيبة المشتري لم يكن قبضاً إلا أن البيع من الضمان استحقت، وهذا غلط لأنه أدى [١١٨/ب] إلى أن يكون قابضاً من نفسه ليبرأ من الضمان وهذا لا يجوز.

فرع آخر(١)

لو اشترى قفيز طعام فاكتاله بالمكوك وهو ربع القفيز لم يجز القبض في أحد الوجهين والوجه الثاني: يجوز وكذلك لو كال الصاع بالأمداد، ولو اشترى مائة صاع فاكتال بالقفيز لم يتم القبض بلا خلاف.

فرع آخر(٢)

لو باعه من ابنه الصغير ففي كيفية قبضه وجهان: **أحدهما**: بالنقل، **والثاني**: بالنية إذا

---

(١) انظر الحاوي للماوردي (٥/٢٢٨).

(٢) انظر الحاوي للماوردي (٥/٢٢٨).

كان تحت قدرته من غير نقل، إلا أن يكون مكيلاً أو موزوناً فلا بد من كيله أو وزنه.

فرع آخر(١)

لو أرسل الأب عبده في حاجة ثم باعه من ابنه الصغير فتلف العبد قبل أن يعود من الرسالة، بطل البيع وكان تالفاً من مال الأب، ولو عاد العبد إلى يد الوالد وجرت عليه قدرته ثم مات كان تالفاً من مال الابن وعليه ضمان الثمن.

فرع آخر(٢)

لو عاد إلى يد الوالد بعد بلوغ الابن رشده ثم مات كان تالفاً من مال الأب لأن الأب صار من أهل القبض، وقال محمد: هاهنا أيضاً يتولى الأب قبضه بعد أن [١١٩/أ] صار قابضاً بحكم العقد حتى لا يسقط الثمن بهلاكه ولكن لا يتصرف فيه بإذن البائع.

فرع آخر

بيع العارية من غير المستعير قبل استرجاعها منه يجوز والقبض موقوف على إذن البائع قبض الثمن أم لا، ليكون الإذن مسقطاً لضمان المستعير، فإن قبضها المشتري من المستعير بغير إذن البائع المعير، فإن لم يكن الثمن مقبوضاً لم يصح القبض وضمنها المشتري باليد وضمنها. المستعير بالدفع، وإن كان الثمن مقبوضاً صح القبض في البيع. وهل يسقط ضمانها عن المستعير؟ وجهان **أحدهما**: لا يسقط لأنه دفعها من غير إذن مالكها، **والثاني**: يسقط لزوال ملك المعير عنها وحصولها في يد مالكها وهذا أصح عندي.

فرع آخر

لو ابتاعها المستعير صح، وهل يفتقر قبضها إلى النقل؟ وجهان كما قلنا في شراء الوديعة.

فرع آخر

لو باع المغصوب من الغاصب صح وهل يفتقر في قبضه إلى النقل؟ على الوجهين.

فرع آخر

لو باعه من غيره والبائع قادر على انتزاعه [١١٩/ب] صح ويلزمه انتزاعه، ولو كان البائع غير قادر ولكن المشتري قادر على الانتزاع صح أيضاً، ثم إن عجز المشتري عن الانتزاع لا يبطل البيع ولكن له الخيار في الفسخ لأنه عيب ولو ادعى البائع على المشتري أنه قادر على الانتزاع تلزمه اليمين فإذا حلف له الفسخ.

فرع آخر

قد ذكرنا أن مجرد التخلية لا يكفي في المنقول، بل يعتبر النقل وبه قال أحمد وفيه وجه آخر أنه يكفي في التخلية وهو ضعيف.

فرع آخر

إذا قلنا: لا يكفي التخلية هاهنا فلواشترى داراً مع ما فيها من الأمتعة فخلّى بينه

(١) انظر الحاوي للماوردي (٥/ ٢٢٨).
(٢) انظر الحاوي للماوردي (٥/ ٢٢٨).

وبين الدار حصل القبض في الدار، وهل حصل في الأمتعة؟ قال بعض أصحابنا بخراسان: فيه وجهان فإذا قلنا: لا يحصل فإذا دخل الدار ونقل الأمتعة من موضعها إلى موضع آخر في الدار حصل القبض فيها لأن الدار ملك له.

فرع آخر

قال بعض أصحابنا بخراسان: أو نقل البائع المبيع إلى المشتري ووضعه بين يديه للإقباض، فامتنع من القبض حصل الإقباض لأنه يلزم [١٢٠/أ] على المشتري القبض عند الإقباض ويخرج بهذا القدر عن ضمان البائع إلى ضمان المشتري، ومن أصحابنا من قال: لا يكون هذا قبضاً كالوديعة إذا وضعها بين يدي رجل لا يكون قبضاً حتى إن لم يحفظها وضاعت لا يضمن والأول أظهر ويفارق الوديعة، لأنه لا يلزم قبولها بخلاف هذا ويفارق الغاصب إذا ترك المغصوب بين يدي المالك يبدأ لأنه وجد منه تعدي وهو سبب الضمان وقد ترك التعدي فعاد الشيء إلى يد المالك وليس للمشتري هاهنا يد سابقة ويد البائع ثبت باقي حق فلا تزول مدة إلا بتمام الاستيلاء وهو النقل.

فرع آخر

إذا قلنا يصير قابضاً فباعه من رجل قبل نقله ونقله المشتري الثاني، وتلف عنده ثم استحق فللمستحق أن يغرم المشتري الأول، لأن ضمان العدوان لا يتعلق إلا بحقيقة الاستيلاء وهو بالنقل.

فرع آخر

لو وطئها المشتري في يد البائع فأزال بكارتها ثم ماتت قبل القبض بطل البيع ويجب أرش البكارة [١٢٠/ب] فيه عقيب موته سواء كان عليه دين أو لا، لأن حق الحبس ثابت وحقوق الأب بالموت ينقل إلى الوارث فقد ورث حق الحبس على نفسه فسقط كما لو ورث ديناً على نفسه يسقط عنه، ولو كان معه ابن آخر له يتصرف في النصف وحق الحبس في النصف الآخر تنقل إلى أخيه فلا يتصرف فيه حتى يقبض منه.

فرع آخر

الأرزاق التي يخرجها السلطان إلى الأجنادِ يجوز بيعها قبل قبضها لما روى موسى بن عقبة: «أن رسول الله ﷺ أخرج طعاماً للناس فباع الناس الصكاك قبل قبضها»، وروي أن عمر رضي الله عنه أمر بطعام للناس فابتاع حكيم بن حزام منهم ثم باع قبل أن يقبض فقال عمر رضي الله عنه: «لا تبع طعاماً ابتعته قبل القبض ولم يمنعه من الابتياع منهم»[١]. وروى ابن عمر وزيد بن ثابت رضي الله عنهما أنهما كانا لا يريان ببيع الرزق بأساً[٢] وعلى هذا غلة الوقف إذا حصلت لأقوام وعرف كل واحدٍ قدر حقه فباعه قبل [١٢١/أ] أن يقبضه يجوز كالرزق سواء.

---

(١) أخرجه البيهقي في «الكبرى» (١٠٦٧٩). (٢) أخرجه البيهقي في «الكبرى» (١٠٦٩٣).

فرع آخر

لو تقايلا هل يجوز بيعه قبل القبض؟ قولان بناء على أنه ابتدأ عقداً أو فسخ.

فرع آخر

لو باع الموصى به بعد موت الموصي قبل قبول الوصية، فإن قلنا: تملك بالقبول لا يجوز وقيل: فيه وجه آخر يجوز وبيعه قبولها وإن قلنا: يملك بالموت فوجهان **أحدهما**: لا يجوز لأنها جائزة بدليل أن له أن لا يقبل.

فرع آخر

لو رجع في الهبة له بيعها قبل قبضها، وكذلك لو رد إليه بالعيب له بيعه قبل القبض لأنه غير مضمون على غيره بالعقد، وإن كان شيئاً في الذمة، إن كان ثمناً فقد ذكرنا فيه قولين، وإن كان مثمناً في الذمة لا يجوز التصرف فيه لما ذكر قبل القبض وذكر القفال عن ابن سريج أنه قال: كلما ثبت في الذمة ثمناً عرضاً كان أو نقداً وهذا اختيار القفال، وقال: وبماذا يعرف الثمن من المثمن؟ وجهان **أحدهما**: وهو الأصح وبه قال أبو حنيفة: الدراهم والدنانير ثمنان أبداً فإن لم يكن واحد منهما فالذي يدخل فيه الباء يكون [١٢١/أ/٦] ثمناً، **والثاني**: ما يدخل فيه الباء يكون ثمناً سواء كان نقداً أو غيره، وقد ذكرنا قبل هذا.

فرع آخر

متى قبض المبيع بحق مثل إن كان الثمن مؤجلاً يلزم البائع الإقباض فإن لم يقبض فله قبضه كرهاً ويصح تصرفه فيه، وكذلك لو تطوع البائع بالإقباض قبل قبض الثمن، ومتى قبض بغير حق فالقبض باطل وعليه ردها إلى بائعه ولا يصح تصرفه فيه.

فرع آخر

لو اغتصبه المشتري من يد البائع حصل في ضمانه حتى لو بعيب لا يرد به فلو رد على البائع بعده أو استرد البائع فهلك لا يسقط الثمن لأنا حكمنا باستقراره فلا يتغير حكمه.

فرع آخر

إذا كان بينهما مال مشترك فتقاسما وحمله المال في يد أحد الشريكين فأراد الآخر أن يتصرف فيه فإن كانت قسمة جبر فهو مبني على أنها بيع أو إقرار حق، فإن قلنا: إقرار حق يجوز وإن قلنا: بيع فنصف نصيبه حصلت له بطريق البيع والنصف ملكه القديم فإن حقيقة [١٢٢/أ] القسمة على هذا القول كأنه قال لصاحبه: بعتك نصيبي في ذلك النصف الذي حصل باسمك نصيبك في النصف الذي حصل باسمي، فيجوز له أن يتصرف في النصف دون النصف، وإن كان في القسمة رد عوض فحكمها حكم البيع في القدر المملوك بالعوض.

فرع آخر

لو وهب بشرط ثواب معين وجوّزنا وقلنا: إنها بيع، لأحدهما أن يتصرف فيه قبل القبض.

فرع آخر

لو استأجر صبّاغاً ليصبغ ثوباً وسلمه إليه ثم أراد صاحب الثوب أن يتصرف فيه فإن كان قبل أن يصبغ الثوب لا يجوز لأنه استحق الصباغ إيقاع العمل الربع عشر فيه، ويستحق عوضاً والإجارة من العقود اللازمة، ولو ندم لا يسترجع، وإن صبغ واستوفى الأجرة له أن يتصرف، وإن لم يكن استوفى الأجرة لا يتصرف لأن الصبغ عين مال وهو مبيع فله حبسه إلى أن يستوفي عوضه فكان حكمه حكم البيع قبل القبض سواء.

فرع آخر

لو دفع إلى القصار فقبل القصارة الحكم ما ذكرنا وبعد القصارة [١٢٢/ب] إن قلنا: إنها تجري مجرى عين قال في الإفلاس: فهي كالصبغ. وإن قلنا: أثر ليس له الحبس وله أن يتصرف فيه والصباغة والحياكة والبناء كذلك، وفي رعي الأغنام قبل الأجرة يجوز بلا خلاف.

فرع آخر

لو أراد الشفيع أن يتصرف في المشفوع قبل أن يتسلم لا يجوز لأن الشفعة معاوضة شرعية.

مسألة: قال[١]: ولو أسلمَ في طعامٍ وباعَ طعاماً آخرَ فأحضرَ المشتري مَنْ اكتالَهُ من بائعِه.

الفصل

اختلف أصحابنا في صورة هذه المسألة، فمنهم من قال: صورتها أنه أسلم في كرٍ من طعام فلما حصل له في ذمة المسلم إليه باعه من رجل آخر وقال: تعال حتى أقبضه لك منه فالبيع باطل لأنه علل فقال: لأنه بيع الطعام قبل أن يستوفي، فهذا القائل يمسك بالتعليل وتأول ظاهر المسألة فصرفها عن ظاهرها، وقال قوله: وباع طعاماً آخر أي: باع ذلك الطعام من آخر وهذا لما روى أبو سعيد الخدري رضي الله عنه أن النبي ﷺ قال: «من أسلف في شيء فلا [١٢٣/أ] يصرفه إلى غيره»[٢]، وقال أكثر أصحابنا: المسألة على ظاهرها وصورتها أنه أسلم في طعام وباع طعاماً آخر سلماً فحل الطعامان فقال المسلم لمن أسلم إليه: احضر معي عند من أسلمت إليه حتى اكتاله لك منه فحضره فالبال منه له لم يجز لأن لكل واحد منهما على صاحبه حق القبض بالكيل فلا يجوز إذا اكتال له قبل أن يكتاله منه لنفسه، وقول الشافعي في تعليله لأنه بيع الطعام قبل أن يقبض ليس على ظاهره، وتأويله: أنه في معنى بيع الطعام قبل القبض لأنه يقتبض قبل القبض فحل محل البيع وهذا هو الصحيح لأنه قال: وباع طعاماً آخر ولم يقل ذلك الطعام، وإذا كان كذلك كان القبض فاسداً ولم يبرأ الدافع لأنه لم يكله لمن استحق الكيل عليه، وإنما كاله لغيره.

ومن أصحابنا من قال: يبرأ الدافع بذلك لأنه قبض بإذن صاحب الحق، وإن لم يكن قبضاً صحيحاً فيبرأ وقيل: الوجهان بناء على ما لو باع السيد ماله في ذمة المكاتب هل

---

(١) انظر الأم (٢/ ١٨٢).

(٢) أخرجه أبو داود (٣٤٦٨)، وابن ماجه (٢٢٨٣)، والبيهقي في «الكبرى» (١١١٥٣).

يجوز؟ قولان قال في «الأم»: ثم يجوز وقال في الجديد: لا يجوز، فإذا قلنا: لا يجوز قبضه المشتري [١٢٣/ب] من المكاتب لم يقع القبض له وهل يقع للسيد؟ قولان كذلك هاهنا لا يقع له، وهل يقع للإذن؟ وجهان، فإذا قلنا: يقع له فقد برئت ذمته من حقه والطعام في يده عن قبله فيستأنف قبضه كيلاً، وإن قلنا: لا يقع له فالطعام لمن وقع فعليه أن يكيل ممن له عليه ثم ذلك يكيل ثانياً لمن له عليه، فإن كان زائداً استرجع الزيادة، وإن كان ناقصاً فعليه الإتمام وإن كان وفاء حقه صح قبضه وبرئ من حقه، وإن اكتاله منه لنفسه ودفع إليه بالكيل الذي أخذه صح قبضه من الأول ولم يصح قبض الثاني منه لما روي عن الحسن البصري أن النبي ﷺ «نهى عن بيع الطعام حتى يجري فيه الصاعان صاع البائع وصاع المشتري»[(١)]، والمعنى فيه أن كل بيع يقتضي قبضاً، وكل قبض يقتضي كيلاً إذا لم يكن العقد مجازفة، والاكتيال الأول قبض في أحد البيعين فلا بد للبيع الثاني من القبض، وقبضه أن يجري الصاع مرة أخرى في ذلك الطعام ثم إذا أجرينا الصاع الثاني في ذلك الطعام ففضلت زيادة فيما بين الكيلين كانت [١٢٤/أ] تلك الزيادة لصاحب الغريمين إذ يحتمل أن تلك الزيادة إنما ظهرت لمبالغة في الكيل الأول لا لتقصير في الكيل الثاني، ولو ظهر نقصان في الكيل الأول لزيادة في الكيل الثاني وهكذا في بيع العين، لو اشترى مكايلة فاكتال ثم باعه مكايلة وسلمه بالكيل الأول ولم يَجُز.

ولو اكتاله لنفسه ولم ينقله وتركه في المكيال وأقبضه إياه على تلك الصورة قال أبو يحيى البَلْخِي: فيه وجهان **أحدهما**: يجوز لأنه تسلمه مكيلاً وهذا أَقْيس لأن استدامة الكيل تجري مجرى ابتدائه، **والثاني**: لا يجوز وهو ظاهر الخبر «حتى يجري فيه الصاعان» فينقله ثم يكيله على صاحبه.

ولو قال له: خذ لي الطعام الذي عليه ثم خذ منه حقك فقبضه لموكله جاز ولا يصح قبضه لنفسه، ولو قال: خذ حقك بالكيل بانياً لنفسك فقبضه لنفسه بكيل جديد هل يجوز أم لا؟ قال أصحابنا بالعراق: لا يجوز أصلاً لأنه لا يكون قابضاً لنفسه من نفسه بل يجب أن يكيل عليه البائع أو وكيله، وقال بعض أصحابنا بخراسان: فيه وجهان **أحدهما**: ما ذكرناه [١٢٤/ب] **والثاني**: يجوز لأن القبض قد حصل وإنما يحتاج إلى كيل وقد ائتمنه البائع في الكيل، وهكذا لو قبض الذي اشتراه مكايلة وزناً أو اشترى موازنة كيلاً يكون قبضاً فاسداً فيحصل به انتقال الضمان إلى المشتري ولكن لا يحصل به جواز التصرف، فإن كاله هذا المشتري على نفسه هل يتم به القبض؟ وجهان على ما ذكرنا، فإذا قلنا: صح قبضه للآمر فقبل أن يأخذه لنفسه لو تلف لا ضمان لأنه أمانة في يده وبعدما أخذه لنفسه دخل في ضمانه سواء جوزنا القبض أو لا، وهذا كما لو قال لرجل له عليه دين: خذ هذا الكيس وخذ منه حقك فما لم يأخذ يكون أمانة عنده، وإن قال خذه بحقك كان جزافاً فقد دخل في ضمانه ثم إذا وزنه لنفسه فعلى الوجهين اللذين ذكرناهما، وإن قال له: خذه ابتداء لنفسك ولا تأخذه لي فلا يصح قبضه لأنه لم يوكّله

(١) تقدم تخريجه.

بأن يأخذ له وليس له أن يأخذ لنفسه إذ ليس على المأخوذ منه شيء ولو أخذ كان مضموناً عليه بالقبض الفاسد فحصل سبع مسائل [١٢٥/أ].

مسألة: قال(١): «ولا يقبض الذي له طعام من طعام يشتريه لنفسه».

الفصل

أراد به إذا أسلم إلى رجل في طعام فلما حل عليه دفع إليه دراهم ليشتري بها طعاماً فلا يخلو من أحوال: إما أن يقول له: اشتر بهذه الدراهم لنفسك طعاماً فهذا باطل، وإذا اشترى كان له الشراء باطلاً لأنه لا يجوز أن يكون وكيلاً لغيره في الشراء لنفسه، وإن اشترى الطعام في الذمة صح شراؤه لنفسه فإن نقد هذا الثمن فقد تعدى ولزمه الضمان والطعام له، وإن قال: اشتر بهذا طعاماً لي واقبضه لنفسك فالشراء صحيح ولا يصح قبضه لنفسه وهل يكون قبضاً للآمر؟ على ما ذكرنا من الوجهين، ولو قال: اقبضه لي وخذه بالكيل الذي حضرته صح القبض للآمر ولم يصح له، ولو قال: اقبضه لي ثم اقبضه لنفسك يصح الشراء وقبضه له ولا يصح قبضه لنفسه من نفسه، وقيل: إذا جدد الكيل فيه وجهان.

مسألة: قال(٢): «ولو حلَّ عليه طعامٌ فأحالَ به على رجلٍ له عليه طعامٌ أسلفَهُ إياهُ لم يَجُزْ».

صوره بهذه المسألة [١٢٥/ب] لزيد على عمرو طعام من قرض فقال زيد لخالد: أحلتك بالطعام الذي لك عليَّ بالطعام الذي لي على عمرو ولا يجوز ذلك لأن الحوالة بيع، وإذا أحال به يرضاه فكأنه ابتاع الطعام الذي له في ذمته بالطعام الذي أحال به وابتاع المسلم فيه قبل قبضه لا يجوز وقوله: أسلفه أي: أقرضه، وإن كانت المسألة بعكس هذا فحل لزيد على عمرو طعام من سلم، وكان لخالد على زيد طعام من قرض فقال زيد لخالد: أحلتك بالطعام الذي لك علي من القرض بالطعام الذي لي على عمرو بالسلم لا يجوز أيضاً لأنه باع ماله في ذمة عمرو من المسلم بما لخالد عليه من القرض فيكون ذلك بيع المسلم فيه قبل القبض فلا يجوز، ولو حل لخالد على زيد طعام من سلم وحل لزيد على عمرو طعام من سَلَم فأحال زيد خالداً بما حل عليه بما حل له على عمرو فلا يجوز لأنه باع المُسلَم فيه قبل القبض فحصل فيه فساد من وجهين فإذا تقرر هذا فدفع الحق بهذه الحوالة لا تبرأ ذمة المحال عليه من الذي عليه [١٢٦/أ] قال بعض أصحابنا بخراسان: هذا على قولنا الحوالة مبادلة فإن قلنا: إنها استيفاء جازت الحوالة في هذه المسائل، وقيل: لا تجوز على هذا القول أيضاً لأنه لو لم يحل وقبض حقه لا يجوز أن يسلمه إلى الآخر إلا بكيل جديد، فكيف تصح الحوالة؟ وهذا ضعيف وأصحابنا بالعراق لم يذكروا خلافاً في هذا، وإن كان الطعامان من قرض فأحال أحدهما على صاحبه به جازت الحوالة لأن القرض مستقر في الذمة فيجوز أخذ العوض عنه قبل القبض، بخلاف المسلم فيه فإنه غير مستقر لجواز عدم ذلك عند المحل

(١) انظر الأم (٢/ ١٨٣).

(٢) انظر الأم (٢/ ١٨٣).

فينفسخ العقد لعدمه، ومن أصحابنا من قال: لا تصح الحوالة بغير الأثمان والقرض ليس بثمن وهذا ليس بشيء.

فرع

لو باع من رجل طعاماً بثمن إلى أجلٍ، فلما حل الأجل باع المشتري طعاماً من البائع بالثمن الذي عليه جاز، وحكى الشافعيُّ عن مالك أنه لا يجوز لأنه بيع طعام بطعام إلى أجل وهذا غلط لأن هذا ليس ببيع طعام بطعام إلى أجل [١٢٦/ب] وهذا غلط لأن هذا ليس ببيع طعام بطعام بل هو باع الطعام الأول بثمن والطعام الثاني اشتري بثمن آخر فهما عقدان على ثمن، ولهذا لو خرج الطعام الثاني مستحقاً يسلم إلى صاحبه ويرجع المشتري على البائع بالثمن فلو كان بيع طعام بطعام لرجع عليه بالطعام الأول.

مسألة: قال(١): «ولو أعطاهُ طعاماً فصدقهُ في كيلِهِ لم يَجُزْ».

إنما صور الشافعي رضي اللّه عنه هذه المسائل في الطعام، لأن الخبر ورد بلفظ الطعام وإلا فحكم الطعام وسائر الأموال سواء، وصورة هذه المسألة: أنه كان لزيد على عمرو كرّ طعام فكاله عمرو واستدعى زيداً وقال: هذا كرّ قد كلته فاقبضه فصدقه وقبض بغير كيل فالقبض فاسد لأن القبض إذا تعلق بالكيل لم يتم إلا بوجوده عند التسليم ومعنى قولنا: فاسد أن القول قوله في قدر نقصانه قليلاً كان النقصان أو كثيراً، فإن كان الطعام موجوداً واتفقا على أنه هو الطعام بعينه كلناه، فإن خرج وفق الحق فلا كلام، وإن نقص فعلى [١٢٧/أ] الدافع التمام، وإن زاد فعلى القابض رد الكيل، قال: فإن سألنا القابض فإن قال: خرج وفق حقي فذال، وإن قال زاد كذا رده، وإن قال: نقص فالقول قوله وعلى الدافع التمام، سواء ذكر نقصاناً قليلاً أو كثيراً، فإن قيل: أليس في المسألة التي قبلها إذا أحضره، وقال: اكتاله لك فاكتاله بحضرته كان القبض فاسداً، ولو ادعى نقصاناً متفاوتاً لم يقبل قوله، وإن ادعى نقصاناً يقع الغلط فيه من الكيلين في العادة يقبل قوله فهلاّ قلتم مثله هاهنا؟ قيل: الفرق أن هناك عاين الكيل وشاهده وهاهنا قبضه جزافاً فقبل قوله في النقصان الذي يدعيه بكل حال. فإن قيل: كيف تسمع دعواه النقصان والشافعي قال: فصدقه في كيله؟ قيل: لم يرد الشافعي به أنه أقر بصحة الكيل، بل هو قبول القول المخبر وحل قوله على الصدق فإذا بان له خلافه سمعت دعواه.

فرع

لو باع القابض ذلك نظر فإن باع الكل لم يجز، لأن للدافع فيه تعلقاً وهو أنه إذا كان فاضلاً كان الفضل له وإن باع القدر الذي يقطع أنه حقه مثل النصف ونحوه فيه [١٢٧/ب] وجهان: **أحدهما**: قبول قوله في النقصان لأن الضمان انتقل إليه بقبضه فجاز له التصرف فيما هو حقه منه وهذا أقيس، وقال ابن أبي هريرة: لا يجوز ذلك بحال لأن

(١) انظر الأم (٢/١٨٣).

العلقة باقية بينه وبين الذي قبضه منه، فلم يجز له التصرف فيه وقيل: نص عليه في الصرف، وقال في «الحاوي»[1]: إن كان مستحقاً عن قرض فيه وجهان: **أحدهما**: يجوز والفرق أن ملك القرض مستقر بخلاف البيع وهذا أصح وأشار إليه في «الأم».

فرع آخر

لو كان له عليه طعام حال إما من قرض أو سلم، فدفعه إليه بشرط أن يبيعه طعاماً آخر لا يلزمه هذا البيع لأنه وعد بذلك والوعد لا يلزم ولا يلزمه رد ما أخذه منه لأنه أخذ حقه، فلا يلزمه رده نص عليه. ولو باعه على هذا الشرط فالبيع باطل وكذلك لو قال: بعني طعامك إلى أجل حتى أقضي حقك منه، فباعه بهذا الشرط بطل البيع، ولو قال: أعطني حقي على أن أبيعه منك إلى أجل ففعل صح القبض ولم يلزمه البيع.

فرع آخر

لو قال: ادفع فضلاً على [١٢٨/أ] الطعام حتى أبيعك طعاماً آخر ففعل لا يلزم البيع لأنه وعد ولكن يلزم رد الفضل عليه فإن دفع فضلاً في الكيل يلزمه رد الزيادة، وإن دفع فضلاً في الصفة يلزمه والكل واحد ما يستحقه.

فرع آخر

لو كان عليه طعام مؤجل فقال: عجله لي على أن أبيعك طعاماً آخر، ففعل لم يلزمه البيع لأنه وعد ويلزمه رد الطعام إليه لأنه عجله بشرط ولم يحصل الشرط ويصبر إلى أن يحل الأجل ثم يطالبه به.

فرع آخر

لو أمر رجلاً أن يتقاضا الطعام عن سَلَم ووعد أن يقرضه إياه فقبض الطعام فهو بالخيار إن شاء أقرضه وإن شاء منعه فإن منعه كان للقابض أجرة التقاضي.

مسألة: قال: «ولو كان الطعامُ سلفاً جازَ له أن يأخذَ به ما شاءَ يداً بيد».

السلف: اسم للقرض والسلم جميعاً وأراد به هاهنا القرض فإذا كان له على رجل طعام من قرض يجوز له أن يأخذ العوض عنه طعاماً أو دراهم أو غير ذلك لأن القرض مستقر في الذمة فجاز أخذ العوض عنه والتصرف فيه كما يجوز ذلك [١٢٨/ب] عن المبيع بعد القبض بخلاف المسلم فيه، وهكذا يجوز أخذ العوض عن طعام مستفرغ الذمة بالغصب ونحوه، ثم إذا أخذ البدل إن شاء أخذ بلفظ البيع فيقول: بعتك الطعام الذي في ذمتك بهذه الدراهم، أو بهذا الثوب وإن شاء قال: أخذت منك هذه الدراهم بدل مالي عليك من القرض، وإن أراد مقرض الطعام أن يبيعه أجنبي غير المستقرض قبل قبضه فيه وجهان خرجهما ابن أبي هريرة **أحدهما**: يجوز كما في المستقرض لاستقرار ملكه عليه، **والثاني**: لا يجوز لأنه غير مقدور على تسليمه إليه حتى يقبضه منه، فلا يجوز بيعه.

---

(١) انظر الحاوي للماوردي (٥/ ٢٣٤).

وقال القفال: فيه قولان، ولعله أراد قول التخريج، فإن قيل: أليس الحوالة تجوز وجهاً واحداً فما الفرق؟ قلنا: إن الحوالة تقع مقبوضة مسلّمة فهي في معنى بيعه ممن عليه وأيضاً طريق الحوالة الإرفاق فجازت، وإن لم يجز البيع ألا ترى أنه يجوز أن يقرض درهماً بدرهم ويتفرقا قبل القبض، ولا يجوز هذا في بيع درهم بدرهم؟ لأن القصد من القرض الإرفاق دون المعاوضة، فإذا تقرر هذا وباع من الذي عليه وأخذ [١٢٩/أ] العوض.

قال الشافعي: جاز أن يأخذ به ما شاء يداً بيد، قال أصحابنا: إن كان القبض مستحقاً فيهما في المجلس لا يجوز التفرق قبل القبض مثل أن يأخذ بدل الطعام الذي عليه طعاماً من غير جنسه مثل الشعير بدل الحنطة، وإن أخذ بدله دراهم أو دنانير أو ثياباً هل يجوز التفرق قبل قبضها؟ وجهان **أحدهما**: وهو ظاهر النص لا يجوز لأن القرض كان ديناً وإذا استبدل ثم افترقا قبل القبض أشبه البدل الدين، وقد نهى رسول اللّه ﷺ «عن بيع الدّين بالدّين»، ولهذا لو جعل الثوب موصوفاً في الذمة بدلاً عن الحنطة في الذمة لم يجز، وهذا اختيار أبي حامد، **والثاني**: يجوز لأنه لو باع ثوباً بثمن في الذمة وافترقا قبل قبض الثوب جاز، فكذلك إذا كان الثمن عيناً والمبيع في الذمة يجوز أن يفترقا قبل القبض. قال القفال: وهذا أقيس وكلام الشافعي محمول على أنه أراد به في مال الربا استبدل طعاماً بطعام أو دراهم بدنانير وأراد بقوله: يداً بيد أن لا يكونَ ديناً بل يكون عيناً، ولم يرد به أن يكون قبضاً في المجلس.

فرع

لو أقرضه طعاماً وهو في يد المستقرض لم يتصرف [١٢٩/ب] فيه لا يجوز أن يأخذ منه بدله سواء قلنا: زال ملكه عن العين بنفس الإقراض أو قلنا: لا يملك إلا بالتصرف فيه لأن على القول الأول زال ملكه عن العين بنفس الإقراض أو قلنا: لا يملك إلا بالتصرف فيه لأن على القول الأول زال ملكه عن العين ولم يستقر بدله في ذمة المستقرض لأن له الرجوع في العين، فلا يجوز أخذ البدل وإن قلنا بالقول الثاني: فقد ضعف ملكه لما زال يده وسلط عليه غيره بالتصرف فيه ذكره القاضي الطبري، وإن كان المستقرض باعه ثم رجع إليه بإرث أو شراء لا يجوز للمقرض أن يأخذ عوض العين ولكن يأخذ عوض ماله في ذمته على ما بيناه.

فرع آخر

لو كان له في ذمة الغير طعام مستقر إلى أجل مهراً أو عوض خلع ونحو ذلك، يأخذ منه بدل الطعام، قال في الصرف: فإن لم يكن مطعوماً يجوز، وإن كان مطعوماً من غير جنسه لا يجوز لأنه بيع طعام بطعام إلى أجل قال أبو حامد: وعندي أنه يجوز لأنه إذا قبض منه ذلك برئت ذمة من عليه الطعام منه فكيف يبقى في ذمته إلى أجل؟ [١٣٠/أ]

فرع آخر

إذا أقرض رجل طعاماً بمصر ثم التقيا بمكة فطالبه بالطعام الذي له في ذمته لا يجب عليه دفعه إليه بمكة، لأن الأسعار تختلف ولأنه يلحقه مؤونة في نقله من مصر إلى مكة

وهو يستحق أخذه منه بمصر نص عليه في الصرف، فإن طالبه بالعوض يلزمه دفع ذلك إليه لأنه قد تعذر دفع ذلك إليه لأنه قد تعذر دفع عين حقه فيجب دفع عوضه ويعتبر قيمة ذلك ما يكون بمصر لأنه يستحقه هناك، فإن رضي المستقرض بدفع الطعام بمكة جاز، لأنه رضي بإدخال الضرر على نفسه، وهكذا لو استهلك رجل على رجل طعاماً فلقيه ببلد آخر يطالبه بقيمة الطعام في البلد الذي استهلكه ولا يطالبه بالمثل إلا أن تكون قيمة الطعام في البلدين واحدة فله مطالبته بالمثل.

فرع آخر

إذا دفع القيمة ثم رجع إلى مصر هل له رد القيمة والمطالبة بالطعام؟ وجهان.

فرع آخر

لو كان الطعام الذي عليه سَلَماً فلقيه ببلد آخر لا يجوز أن يطالبه بقيمته لأنه يكون بيع السلم قبل القبض وذلك لا يجوز وإن تراضيا، وإن دفع [١٣٠/ب] من عليه الطعام في الموضع الذي لقيه، وقال: خذه وأبرئني منه لم يجبر على القبول، ولا على الإبراء لأن عليه مؤونة في حمله إلى بلده فهو كما لو قدَّمه على محله وعليه مؤونة في حفظه لم يلزمه قبوله قبل محله كذلك هاهنا. وإن تراضيا جاز.

فرع آخر

لو أقرضه دراهم أو دنانير في بلد، ثم لقيه في بلد آخر له مطالبته بمثله لأنه لا مؤونة في نقل الدراهم والدنانير.

فرع آخر

لو كان عليه عشرة أقفزة طعام فأقبضه كيلاً، ثم عاد فذكر أنه قد نقص قال الربيع: فيه قولان **أحدهما**: القول قول القابض مع يمينه وبه قال مالك، **والثاني**: وبه يفتى القول قول الدافع وبه قال أبو حنيفة، لأن الظاهر أنه قد قبض حقه وقد رجع يدعي خلاف الظاهر، وهكذا الخلاف فيما قبضه البائع من الثمن وزناً وذكر والدي رحمه اللّه: أنه إن ذكر قدراً قد يقع مثله لاختلاف الموازين سمع مع يمينه كما إذا ادعى الزكاة غلطاً على الخارص وذكر نقصاً محتملاً، وقد ذكرنا من قبل ما يدل على هذا. [١٣١/أ]

فرع آخر

لو قبض الثمن ثم جاء وذكر أن فيه زيفاً يُنظَر فإن صدقه المشتري أن هذا هو الثمن الذي قبضه بعينه فعلى البائع البينة أنه زيف ويبدله له، وإن كذبه وقال: ما هذا هو الثمن فالقول قول المشتري مع يمينه فإن حلف برأ فإن كان للبائع بينة أنه الثمن بعينه أقامها ثم عليه البينة أن هذا زيف، وعليه أجرة من ينتقد، ومن أصحابنا من قال: أجرة النقاد على المشتري والأصح الأول وهو اختيار القاضي الطبري.

فرع آخر

قال بعض أصحابنا: على الإمام أن ينصب كيالاً ووزاناً في سوق المسلمين ويرزقهما من سهم المصالح فإن لم يكن فأجرتهما على البائع.

فرع آخر

قال في الصرف: لو باع صبرة من الطعام جزافاً فالبيع جائز ولا بأس به وقال في حرملة: لا أحب ذلك فإن فعل لم يقض البيع فحصل من هذا أنه يجوز البيع قولاً واحداً وهل يكره؟ قولان أحدهما: لا يكره والثاني: يكره لأن فيه ضرباً من الغرر وربما قدرها أكثر من كيلها فإن وجدها مصبورة على دكة أو ربوة كان له الخيار لأنه كالعيب. [١٣١/ ب].

باب بيع المصراة

قال[١]: أخبرنا مالكُ الخبرَ.

التصرية: أن يربط أخلاف الناقة أو الشاة أو البقرة ويدعها عن الحلاب يومين أو ثلاثة أيام حتى يجتمع لبنها ويكبر ضرعها ثم يبيعها فيظن المشتري أنها غزيرة اللَّبَن ثم إذا حلبها يجد لبنها أنقص مما كان، وهو مشتق في اللغة من الصري وهو الجمع، يقال: صرى الماء في الحوض وصرى الطعام في فيه إذا جمع. وسميت الصرّة صرّة للجمع ويقال: صرّى الماء في ظهره إذا ترك الجماع، وقد روى ابن عمر رضي الله عنهما أن النبي ﷺ قال: «من ابتاع محفلة فهو بالخيار ثلاثة أيام»[٢] وأراد التي جمع اللبن في ضرعها ومنه قيل: احتفل الرجل إذا جمع المحافل مأخوذة من هذا. فإذا ثبت هذا فالتصرية تدليس وفعل محرم وغرر يوجب العيب فمتى علم به المشتري له الخيار إن شاء فسخ البيع ورد المبيع وإن شاء اختار البيع، وبه قال ابن عمر وابن مسعود وأبو هريرة وأنس رضي الله عنهم ومالك والليث وابن أبي [١٣٢/أ] ليلى وأحمد وإسحاق وأبو يوسف وزفر رحمهم الله، وروي عن أحمد أنه قال: إذا حلب لبنها ليس له الرد لأنها نقصت في يده فتستخرج أرش العيب.

وقال أبو حنيفة: التصرية ليست بعيب ولا يثبت بها الخيار بحال، وبه قال محمد: وهذا غلط لما روى أبو هريرة رضي الله عنه أن النبي ﷺ قال: «لا تصرّوا الإبل والغنم للبيع فمن ابتاعها بعد ذلك فهو بخَيْر النظرين بعد أن يحلبها إن رضيها أمسكها وإن سخطها ردها وصاعاً من تمر»[٣] وهذا نص ونحو هذا رواه ابن عمر رضي الله عنه، فإذا تقرر هذا فالكلام الآن في كيفية الرد، وجملته أنه إذا ردها يلزمه رد بدل اللبن؟ لأن العقد وقع عليه لوجوده حال العقد، وقد روي في ذلك أخبار مختلفة والأشهر ما ذكر في «المختصر»: «ردها وصاعاً من تمر»، وروي «ردها وصاعاً من تمر لا سمراء»، وأراد به البر، وروي «وصاعاً من سمراء»، وروي «وصاعاً من طعام»، وروي «ردها ورد معها مثل أو مثلي لبنها قمحاً».

واختلف أصحابنا في هذا فقال أبو إسحاق: نص على التمر لأنه أصل وقيمته بالحجاز [١٣٢/ ب] دون قيمة البُر وقوله: «صاعاً من تمرٍ لا سمراء» يعني لا يكلف السمراء وقوله:

---

(١) انظر الأم (٢/ ١٨٤).

(٢) أخرجه أبو داود (٣٤٤٦)، وابن ماجه (٢٢٤٠)، وأحمد (٢/ ٢٤٨).

(٣) أخرجه البخاري (٢١٤٨)، ومسلم (١٥١٥، ١٥٢٤)، وأبو داود (٣٤٤٣)، وأحمد (٢/ ٢٤٢، ٤١٠، ٤٢٠، ٤٦٥).

«صاعاً من سمراء» يعني إن تطوع به قبلناه لأنه أفضل وقوله: مثل لبنها إذا كان لبنها صاعاً كيلاً يكيل وله أن يتطوع بدفع القمح، قال: وكل موضع كان الصاع من التمر أقل من نصف ثمن الشاة فهو الأصل لا يطالب بغيره، وإن كان الصاع أكثر من نصف ثمن الشاة، مثل إن كان في البلد الذي يعز فيه التمر كخراسان رد معها قيمة صاع من تمر بالحجاز يوم الرد كرجل أقرض رجلاً صاعاً من تمر بالحجاز فلقيه بخراسان له مطالبته بقيمته بالحجاز يوم المطالبة، وليست له مطالبته بالتمر كذلك هاهنا.

ومن أصحابنا من قال: على هذا إذا عدم التمر يلزمه قيمته وفي محل قيمته وجهان: **أحدهما**: قيمته في أقرب بلاد التمر منه، **والثاني**: قيمته بالمدينة، ومن أصحابنا من قال: يرد صاعاً من تمر أبداً وإن كان قيمته أضعاف ثمن الشاة، لأن النبي ﷺ قدره به ولا يكون جامعاً بين الشاة وثمنها إذا كان اشتراها بصاع لأن هذا بدل اللبن [١٣٣/أ] لا بدلها، ومن أصحابنا من قال: إذا اشترى بصاع فيه وجهان: **أحدهما**: هذا، **والثاني**: يرد من الصاع بقدر نقص التصرية من الثمن فتقوم الشاة لو لم تكن مصرّاة ويقوم مصرّاة فإن نقص درهماً من عشرة علم أن نقص التصرية الخمس فيرد المشتري خمس الصاع الذي اشتراها به ومن أصحابنا من قال: نص على التمر، لأنه قوت الحجاز ونص على البر لأنه قوت بلد آخر وأفاد اختلاف الألفاظ من الخبر، لأنه يعتبر غالب قوت بلد البيع تمراً كان أو براً أو شعيراً كما قلنا في زكاة الفطر وهو اختيار ابن سريج والإصطخري، ومن أصحابنا من قال: يعطى من أي الأقوات المزكاة شاء من بُر أو شعيرٍ، ومن أصحابنا من قال: يختلف ذلك باختلاف اللبن فيؤدي بقيمته اللبن وهو ضعيف.

فرع

لو أراد المشتري رد اللبن فاللبن الذي كان في ضرعها حين البيع لا يمكن رده وحده لأنه قد اختلط باللبن الحادث المشترى، وإن رضي المشتري رد الكل على البائع أشار أبو حامد في «الشرح» إلى وجهين: **أحدهما**: عليه القبول لأنه حقه [١٣٣/ب] وزيادة، **والثاني**: لا يلزمه القبول لأنه بالحلب صار ناقصاً لإخراجه من الضرع الذي منع التغير، وصار حيث يسرع إليه التغير فله أن يمتنع من قبوله، وهذا أصح عند جمهور أصحابنا، فإن تراضيا عليه جاز.

فرع آخر

إذا علم المشتري بالتصرية في اليوم الثاني والثالث للخبر نص عليه في «الإملاء» في اختلاف أبي حنيفة وابن أبي ليلى حكاه القاضي في «الجامع»، ومن أصحابنا من قال: إذا علم بأنها مصراة فالرد على الفور فإن لم يرد مع الإمكان بطل الرد كسائر العيوب، وإنما جعل له رسول اللّه ﷺ الثلاث ليحصل له يقين التصرية وهو اختيار ابن أبي هريرة، وحكي أنه قال: المراد بالثلاث المذكور في الخبر خيار الشرط لا يثبت إلا بالشرط والرد بعيب التصرية يكون عند العلم على ما ذكرنا، وحكي عن أبي إسحاق أنه قال: لو أراد الرد قبل الثلاث ليس له لأنه لا يعلم العيب بأقل من ثلاثة أيام وإنما حد ثلاثة أيام لهذا المعنى، ولو أراد الرد بعد الثلاث ليس له لأنه ترك الرد بعد القدرة مع معرفة العيب وإنما له الرد عند انقضاء [١٣٤/أ] الثلاث وهذا بعيد.

فرع آخر

لو رضيها المشتري وحلبها زماناً ثم أصاب بها عيباً قديماً بغير التصرية فله ردها بهذا العيب لأنه لم يرض بالعيب الذي ظهر الآن، وإنما رضي بعيب التصرية فقط والحلاب ليس بنقص فلا يمنع الرد بالعيب. فإن قيل: هو نقص في اللبن الموجود حال العقد الذي أخذ قسطاً من التمر فوجب أن يمنع الرد. قلنا: المقصود الحيوان دون اللبن وهذا غير صحيح، والعلة صحيحة إن قال: الحلب طريق إلى استعلام عيب التصرية فلا يمنع الرد لقطع النطيح يسيراً. فإن قيل: إذا جز صوفها ثم أصاب بها عيباً هل يبطل حقه من الرد؟ قلنا: إن كان جز الصوف مما لا يمكن التوصل إلى معرفة العيب، لأنه لا يبطل حقه من الرد به، وإن كان مما يمكن التوصل إليه من دونه يمنع الرد، وفي اللبن لا يمكن معرفة العيب إلا بحلبه فهما سواء، فإذا ثبت هذا وردها يرد معها صاعاً من تمر للبن التصرية على ما ذكرنا، وإن قلنا: لا يفرق لا يرد ويرجع بأرشه.

فرع آخر

لو اشترى شاةً ولم تكن مصراة وحلبها زماناً [١٣٤/ب] ثم أصاب بها عيباً قديماً له الرد، قال الشافعي في القديم: قال لي محمد بن الحسين: هل يرد اللبن؟ فقال: لا ، قال بعض أصحابنا: الفرق بينه وبين المصراة أن اللبن في غير المصراة لا يتحقق، وإن كان فهو يسير لا اعتبار به، وفي المصراة اللبن كثير مجموع متحقق فيقسط عليه الثمن ويلزمه رده بدله عند الرد.

وقال بعض أصحابنا: هذا إذا لم يكن فيها لبن حال العقد نظر فإن كان اللبن تالفاً فإن قلنا: لا يفرق الصفقة ليس له الرد، لأنه قد تلف بعض المبيع بعد القبض، وله الأرش، وإن كان اللبن قائماً هل له الرد؟ وجهان بناء على ما ذكرنا من الوجهين إذا كان لبنها والحادث بعد العقد قائماً في المصراة فردها المشتري مع اللبن هل على البائع قبوله؟ وجهان، فإن قلنا: يلزم قبوله رُدَّ اللبن مع الشاة على البائع ويرد بدل اللبن وهو قيمته هاهنا، والقول قول المشتري في قدرها لأنه غارم وهذه الطريقة أقيس.

وقال في «الحاوي»[١]: لا خلاف في هذه المسألة أنه يردها وإن كان في ضرعها لبن وقت البيع لأن ما في الضرع غير مقصود إذا لم يكن [١٣٥/أ] لبن التصرية ثم يلزمه رد قيمة اللبن معها، لأنه يأخذ قسطاً من الثمن ولا يلزم الصاع وهذا غير صحيح عندي.

فرع آخر

لو علم بالتصرية واشتراها هل له أن يردها إذا لم يصر لبنها لبن عادة؟ وجهان **أحدهما**: ليس له كما لو علم بالعيب فاشتراها، **والثاني**: له ذلك لأن ذلك اللبن يجوز بقاؤه على كثرته وقد دخل في العقد على طمع أن يصير لبنها لبن عادة فإذا لم يصر كان له الخيار كالمرأة تتزوج بعنين مع العلم بحاله ثبت لها الخيار في وجه.

---

(١) انظر الحاوي للماوردي (٥/ ٢٤٣).

فرع آخر

لو اشترى مصراة ولم يعلم بها حتى صار لبنها لبن عادة هل يجوز له الخيار؟ وجهان كما لو اشترى معيباً ولم يعلم بالعيب حتى زال العيب فيه وجهان وأصل هذا إذا عتقت تحت عبد فلم يعلم حتى أعتق الزوج هل لها الخيار؟ قولان، وقال أبو حامد: عندي لا خيار له في المصراة قولاً واحداً لأنه ما كان بها عيب بل تحدد لها زيادة فضيلة.

فرع آخر

لو اشترى بقرة فوجدها [١٣٥أ/٦] مصراة قال الشافعي رضي اللّه عنه: وكذلك البقر وإنما قال ذلك لأن الخبر ورد في الإبل والغنم فكان ذلك تنبيهاً عليها، لأن لبن البقر ساوى لبن الغنم في الجودة وانفرد بالكثرة وساوى لبن الإبل في الكثرة وانفرد بالجودة مع أنه روي «من ابتاع محفلة فهو بخير النظرين»(١) وهو عام في الكل. وقال داود: لا يرد البقر لأنه لم يرد فيها الخبر وهذا غلط لما ذكرنا.

فرع آخر

لو اشترى جارية فوجدها مصراة. قال في «الإفصاح»: فيها ثلاثة أوجه: **أحدها**: يردها ويرد معها صاعاً من تمر كالبهيمة لأن لبن الجارية لبن ظاهر مشروب يحل بيعه وثمنه وهذا اختيار القاضي الطبري. **والثاني**: لا يردها لأن نقصان لبنها ليس بعيب فإن لبنها لا يقصد في العادة ولا يباع ولا يشترىٰ، وذكر الداركي على هذا الوجه: أنه إذا لم يردها يرجع بالأرش وهذا غلط، لأن هذا القائل منع الرد لأنه ليس بعيب وقدر الداركي أنه لا يرد لأن الحلب غير حادث فقال: يرجع بالأرش. **والثالث**: يردها ولا يرد معها شيئاً لأنه عيب [١٣٦/أ] ولكن اللبن لا يقصد بالشراء والبيع. وهذا أقرب عندي، وقال أبو حامد: لاخلاف أنه عيب فيها ولكن ما حكمه؟ فيه وجهان أحدهما: يردها ولا يرد شيئاً لأنه حصل في يده لبن البائع ولا يمكن أن يقال: يرد عوض اللبن معها لأنه لا يقصد بالعوض فلم يبق إلا الإمساك والرجوع بالأرش.

فرع آخر

لو اشترى خيلاً أو ظبيةً فوجدها مصراة. قال في «الحاوي»(٢): في غير النعم هل يكون التصرية عيباً يوجب الرد وجهان **أحدهما**: لا يكون عيباً لأن الألبان لا يقصد إلا في النعم وهو اختيار البصريين، **والثاني**: يكون عيباً في كل حيوان فعلى هذا هل يرد صاعاً بدلاً من لبن التصرية؟ وجهان أحدهما: يرد لعموم الخبر، والثاني: لا يرد، ولأن لبن الخيل غير مقصود.

فرع آخر

لو اشترى أتاناً فوجدها مصراةً قال أبو حامد: هو عيب بلا خلاف لأنه يقصد لبنها

---

(١) تقدم تخريجه.

(٢) انظر الحاوي للماوردي (٥/ ٢٤٢).

للجحش فإذا ردها لا يرد شيئاً للبن لأنه نجس لا قيمة له عند الشافعي، وقال الإصطخري: هو طاهر يحل شربه فحكمه حكم الشاة ويرد صاعاً [١٣٦/ب] من تمر والمنفعة قد ورد فيه قصّة مخلد بن خفاف وهو ما روي عنه أنه قال: اشتريت غلاماً فاستغللته زماناً ثم وجدت به عيباً فرددته فقضى عليّ عمر بن عبد العزيز وكان أمر أمير المدينة برده ورد غلته فأخبرت به عروة بن الزبير وكنت في جواره فقال: أخبرتني عائشة رضي اللّه عنها أن رسول اللّه ﷺ «قضى في مثل هذا أن الخراج بالضمان» فأخبرت به عمر بن عبد العزيز فقال: لا عليَّ قضيت قضاء فإذا أخبرني مخبر أن رسول اللّه ﷺ قضى بخلافه نقضت قضائيَ فرجعت فأخبرت به عروة فأتى عمر وأخبره فدعا بالبائع. وقال: قد قضيت لك بقضاء وهذا عروة بن الزبير يخبرني أن رسول اللّه ﷺ قضى بخلافه فقال: قد قضيت قضاء بالأمس فلا تنقضه فغضب عمر وقال من يعذرني من هذا يأمرني أن أرد قضاء رسول اللّه ﷺ وأنفذ قضاء ابن عمر لا بل أنفذ قضاء رسول اللّه ﷺ وأرد قضاء ابن عمر صاغراً [١٣٧/أ] صدياً، وإن كان النماء عيناً مثل الولد والثمار والنتاج فعندنا حكم ذلك حكم المنفعة يبقى للمشتري ويرد الأصل بالعيب.

وقال مالك: الولد والنتاج يرد مع الأصل ولا ترد الثمار لأنه ليس من جنس الأصل ولأنه حكم تعلق برقبة الأم فيسري إلى الولد كالكتابة وهذا غلط، لأنه بما حدث في ملك المبتاع فلا يلزمه رده مع الأصل كالثمرة، والكتابة لا نُسلّم أنها تسري إلى الولد.

وقال أبو حنيفة: هذه الزوائد تمنع رد الأصل بالعيب فيأخذ الأرش، وهذا مبني على أصله أن الرد بالعيب فسخ للعقد من أصله وعندنا هو فسخ للعقد من وقت الرد فلا يبقى للمشتري النماء مع رد الأصل عنده، لأن العقد يصير كأن لم يكن، وعندنا يبقى له ذلك لأن العقد ينقطع في الحال، ووافقنا في الواهب إذا رجع في هبته أن يكون رفعاً للعقد من وقت رجوعه، واحتج الشافعي بحديث مخلد بن خفاف، ولم يفصل بين خراج وخراج واسم الخراج على الزوائد المنفصلة أوقع منه على علة العبد ووافقنا أبو حنيفة في غلة العبد [١٣٧/ب] وأنها لو حدث في يد البائع لا يمنع الرد، ومن أصحابنا من خرج وجهاً أنه يرفع من أصله لأن سبب الفسخ قارن العقد تخريجاً مما قال الشافعي في النكاح إذا فسخ بالعيب يغرم مهر المثل.

فرع

الرد بالعيب لا يفتقر إلى الرضا ولا إلى قضاء القاضي قبل القبض وبعده، وقال أبو حنيفة: إن كان بعد القبض لا يكون له الفسخ إلا بالرضا أو بالقضاء وهذا غلط، قياساً على ما قبل القبض.

فرع آخر

إذا أراد الرد بالعيب قبل القبض لا يفتقر إلى حضور صاحبه، وقال أبو حنيفة: يفتقر إلى حضوره، وإن لم يفتقر إلى رضاه وهذا غلط، لأنه رفع عقد لا يفتقر إلى رضاه فلا يفتقر إلى حضوره كالطلاق.

فرع آخر

إذا باع شاة حاملاً عند البيع فولدت عنده ثم أصابها عيب فهل الحمل يأخذ قسطاً من الثمن برد الشاة والنتاج؟ وإن قلنا: لا يأخذ قسطاً من الثمن فيه وجهان: **أحدهما**: يرده أيضاً مع الأم لأن العقد تناوله، وإن لم يأخذ قسطاً من الثمن، **والثاني**: لا يلزمه رده لأنه حصل في ملك المشتري [١٣٨/أ] من غير أن يكون في مقابلته جزء من الثمن فأشبه النماء الحادث بعد البيع، وهكذا لو باع أمة حاملاً فولدت، وهذا إذا لم تنتقص بالولادة فإن نقصت بالولادة لا يردها بالعيب ويرجع بالأرش فإن قيل: أليس لا يجوز التفريق بين الجارية وولدها الصغير في البيع! وقلتم هاهنا: إذا ولدت الجارية في ملك المشتري يرد الجارية دون الولد؟ قيل: المذهب أنه يجوز هذا التفريق لموضع الحاجة كما قال الشافعي في الجارية المرهونة: إذا ولدت حراً تباع الأم بحق المرتهن دون الولد لأنه موضع حاجة، وقال بعض أصحابنا: إن كان الولد طفلاً لا يفرّق بينهما وبين الولد وله الأرش، وإن كان قد بلغ سبعاً أو ثماني سنين قبل أن يعلم بالعيب إلى هذا الوقت، كان له ردها وإمساك الولد وهذا أقيس.

فرع آخر

لو علم بالعيب بعد ما حبلت عنده ولم تضع، فإن كان الحمل موكساً في ثمنها أو مخوفاً عليها في ولادتها، فلأوله الأرش، وإن لم يكن موكساً ولا مخوفاً ردها حاملاً [١٣٨/ب] ثم إن قلنا: الحمل تبع فالولد للبائع، وإن قلنا: يأخذ الولد قسطاً من الثمن فيه وجهان: **أحدهما**: أنه للبائع ولا يرجع به المشتري أيضاً لاتصاله بالأم عند الرد، **والثاني**: وهو الأقيس أنه للمشتري ويرجع على البائع لحدوثه في ملكه وغيره وعلى هذا لو حبس المشتري الشاة المعيبة حتى تضع حملها لا يمنع ذلك من الرد، لأنه حبسها لأخذ ملكه منها وعلى الوجه الأول يمنعه ذلك من الرد بالعيب لأنه حبسها ولا ملك له فيها، وقال القاضي أبو حامد: هل الولد للبائع أو للمشتري؟ فيه قولان وهو للبائع في أولى قوليه.

فرع آخر

قال المزني في «المنثور»: لو اشترى غنماً بعشرة أقساط من لبن موصوف إلى أجل فلم يتقابضا حتى احتلب البائع منها عشرة أقساط ثم ماتت الغنم يبطل البيع ويسقط الثمن من ذمة المشتري ويأخذ من البائع ما احتلب من اللبن وهذا صحيح، لأن تلف المبيع قبل القبض يبطل البيع ويوجب سقوط الثمن ولا يمنع ملك النماء.

مسألة(١): «وإنْ كانتْ أمة [١٣٩/أ] ثَيّباً فوطِئهَا فالوطءُ أقلّ من الخدمةِ».

إذا اشترى جارية ثيباً فوطئها ثم وجد بها عيباً له ردها بالعيب وهذا الوطء لا يمنع الرد بالعيب. وبه قال مالك وعثمان البتّي وأبو ثور وأحمد في رواية، وروي ذلك عن زيد بن ثابت. وقال أبو حنيفة: لا يردها ويرجع بالأرش وبه قال الثوري والزهري

---

(١) انظر الأم (٢/ ١٨٧).

والنخعي، وروي ذلك عن علي رضي اللّه عنه، وهذا لأن عندهم الوطء يجري مجرى الجناية وعندنا لا يجري مجراها، وقال ابن أبي ليلى: يردها ويرد معها مهر مثلها للوطء، وبه قال عمر رضي اللّه عنه، وقال عمر رضي اللّه عنه: مهرها إن كانت بكراً عُشر قيمتها، وإن كانت ثيباً نصف عُشر قيمتها وهذا غلط، لأن وطأها صادف ملكه فلا يلزمه الغرامة واحتج الشافعي بأن الوطء أقل من الخدمة، يعني أقل ضرراً لأن الوطء يمنعها ويلذها والاستخدام يتعبها ويكدها، فإذا جاز الرد بعد الخدمة فلأن يجوز الرد بعد الوطء أولىٰ ولا فرق بين أن يكون البائع إياه فحرمت عليه بذلك الوطء أو كان أجنبياً فلم يحرم عليه بذلك [١٣٩/ب].

فرع

لو وطئها البائع قبل التسليم فحكمه حكم وطء الأجنبي، وقال أبو حنيفة: هي مستبقاة على ملكه فلا يلزمه شيء لا الحد ولا المهر وهذا غلط، لأنه لا ملك له فيها ولا شبهة ملك.

مسألة(١): قالَ: وإنْ كانتْ بِكراً فافتضَّهَا.

الفصل

إذا اشترى جارية بكراً فافتضها ثم أصابها عيب ليس له ردها بل يرجع بأرش العيب لأنه أتلف جزءاً منها يوجب نقصان قيمتها، ويفارق وطء الثيب في هذا المعنى فإذا ثبت هذا فكيفية الرجوع بأرش العيب أن ينظر كم قيمتها بكراً غير معيبة؟ فيقال: ألف درهم وقيمتها بكراً معيبة كم؟ فيقال: تسع مائة وثمنها عشرون ديناراً أو أقل أو أكثر فالمشتري يسترد عُشر الثَّمَن لأن العيب نقص عشر القيمة، وإنما قلنا: يرجع بقدر ما نقص من الثمن لأنها نقص من القيمة لأن المبيع لو تلف كله رجع المشتري بالثمن لا بالقيمة، فكذلك إذا نقص منه جزء رجع بما يقابل ذلك الجزء من الثمن ويفارق المغصوب لأنه لو تلف الكل يضمن القيمة [١٤٠/أ] فإذا تلف بعضه يلزم ما نقص من القيمة ويعتبر في التقويم أقل ما كانت قيمتها من يوم العقد إلى يوم القبض لأنه إن كانت قيمتها يوم العقد أقل مما زاد فهو في ملك المشتري، وإن كانت قيمتها يوم القبض أقل مما نقص قبله في يد البائع غير مضمون عليه، وقال مالك: يردها مع أرش نقص البكارة وبه قال أحمد في رواية، وهذا بناه على أصله لأن العيب لا يمنع الرد وهذا غلط لما ذكرنا.

فرع

إذا وجد عيباً بما اشترى له الخيار على ما ذكرنا فإن اختار الإمساك يلزمه كل الثمن، وإن أراد أن يأخذ منه أرش العيب ليس له ذلك لأن البائع دخل في العقد على أن يحصل للمشتري الثمن بجميع الثمن فلم يجبر على تسليمه إليه ببعض الثمن، وقال أحمد: له إمساكه ومطالبته بالأرش وهذا غلط لخبر المصراة، وذلك أن النبي ﷺ أثبت

---

(١) انظر الأم (٢/ ١٨٧).

له الخيار بين الإمساك من غير أرش وبين الرد ولأنه يملك رده فلم يكن له مطالبته بجزء من الثمن كما لو كان له الخيار بالشرط. [١٤٠/ب]

فرع آخر

إذا أراد المشتري رده فقال له البائع: أمسكه حتى أدفع أرش العيب لم يجبر على قبول ذلك لأنه دخل في العقد على سلامة المبيع فلا يجبر على إمساك المبيع ببعض الثمن.

فرع آخر

لو تراضيا على أخذ الأرش. قال القاضي أبو حامد: فيه وجهان: **أحدهما**: لا يجوز وهو ظاهر المذهب لأنه خيار ثبت لفسخ البيع فلا يجوز الاعتياض عنه كخيار الشرط وخيار المجلس، **والثاني**: يجوز وهو اختيار ابن سريج وبه قال مالك وأبو حنيفة، لأن كل خيار جاز أن يسقط إلى مال جاز إسقاطه على مال كالقصاص وهذا لا يصح، لأن للدم بدلاً وهو الدية في حال، فجاز إسقاط القصاص بها بخلاف هذا، فإذا قلنا: يجوز فأخذ الأرش ثم زال العيب لا يلزم المشتري رد الأرش.

فرع آخر

إذا قلنا: لا يجوز أخذ الأرش بالتراضي فأخذ يلزمه رده لأنه أخذه بغير حق فلا يملكه وهل يسقط خياره بذلك؟ وجهان: **أحدهما**: يسقط، لأن أخذ الأرش رضا بسقوط خياره، **والثاني**: لا يسقط [١٤١/أ] وهو المذهب لأنه لم يرض بسقوط حقه إلا بمال أو مثل هذا أنه لا يجوز أخذ العوض على تسليم الشفعة فإن أخذها يسقط حقه من الشفعة وجهان، والصحيح أنه لا يسقط وإنما لا يجوز أخذ العوض على تسليم الشفعة بخلاف أخذ أرش العيب على أحد الوجهين، لأن حق الشفعة لا ينقلب مالاً بحال والرد بالعيب فلا يسقط فيجب الأرش وهو إذا حدث عنده عيب آخر.

مسألة: قال[1]: ولو أصابَ المشتريانِ صفقةً واحدةً منْ رجلٍ بجاريةٍ عيباً.

الفصل

إذا اشترى رجلان من رجل عبداً صفقة واحدة فوجدا به عيباً فأراد أحدهما الرد والآخر الإمساك كان ذلك لهما لأن الصفقة إذا تفرقت في أحد طرفي العقد كانت بمنزلة الصفقتين. وقال القاضي أبو حامد: حكى أبو ثور عن الشافعي: ليس لأحدهما أن يرده حتى يتفقا عليه وبه قال أبو حنيفة، فحصل قولان. وبقولنا الأول قال أبو يوسف ومحمد ومالك في رواية، وهذا لأن [١٤١/ب] جميع ما ملكه بالعقد فجاز له رده بالعيب فجميع العبد إذا اشتراه واحد.

فرع

لو اشترى رجل من رجلين عبداً ثم وجد به عيباً فأراد أن يرد نصيب أحدهما دون

(١) انظر الأم (٢/١٨٨).

الآخر له ذلك ووافقنا فيه أبو حنيفة، وقال القفال: رأيت بعض أصحابنا خرّج فيه قولاً ثانياً ليس له ذلك وليس بشيء، وهذا لأن العقد يتعدد بعدد العاقد سواء كان المشتري متعدداً أو البائع حتى إذا اشترى اثنان من اثنين فذلك أربعة عقود لأنه ينقسم على البائعين ثم نصيب كل بائع ينقسم على المشترين.

فرع آخر

لو كان العاقد وكيلاً لاثنين فذلك عقد واحد أو عقدان؟ فيه ثلاثة أوجه: **أحدها**: أنه عقد واحد لا يجوز فيه التفريق سواء كان هذا الواحد دليل بائعين أو دليل مشتريين وهو اختيار ابن الحداد لأن العقد يعتبر بالعاقد وهو واحد. **والثاني**: يعتبر المالك فالعقد اثنان لأن الملك يقع للموكل لا للوكيل وهو قول جميع أصحابنا بالعراق [١٤٢/أ] واختاره أبو زيد والخضري، **والثالث**: وهو اختيار القفال يفصل فيقال: إن كان وكيل مشتريين فالعقد واحد وإن كان وكيل بائعين فالعقد اثنان والفرق أن معظم الأمر يرجع في باب الشراء إلى الوكيل ويرجع في البيع إلى الموكل، ألا ترى أنه لو باع بغير الإذن أو خالف موكله بطل البيع والمشتري إذا اشترى للغير بغير إذنه، أو خالف أمره لزمه العقد في نفسه ولا يبطل، فإذا ثبت في وكيل المشتريين أنه ليس لأحد موكليه أن يرد نصيبه إذا لم يوافقه صاحبه، فهل له أرش العيب في نصيبه أم لا؟ وجهان: **أحدهما**: يرجع بالأرش كما لو حدث عنده عيب آخر **والثاني**: لا يرجع بالأرش لأن الرد غير فائت لأنه ربما يوافقه صاحبه فيردانه معاً. قال القفال: والأحسن أن يقال: هما حالان ما دام موافقة صاحبه في الرد موجودة بأن لم يعلم بالعيب أو هو عائب أو جاهل فيقال: إذا علم ربما يرد لا أرش له، وإذا علم ورضي به آيسنا من الرد في نصيبه فللآخر الذي يريد الرد الأرش في نصيبه.

فرع آخر

قال في «الحاوي»[(١)]: [١٤٢/ب] إذا رد أحدهما واسترجع ما دفع فيه وجهان: **أصحهما**: أن الشركة بين المشتريين بطلت بالرد فيكون للممسك نصف العبد وللراد نصف الثمن، **والثاني**: الشركة بينهما على حالها لأنه لم يكن بينهما قسمة فعلى هذا نصف العبد بينهما ونصف الثمن المسترجع بينهما.

فرع آخر

لو اشترى شيئاً ثم مات عن وارثين فأراد أحدهما الرد دون الآخر ليس له ذلك وجهاً واحداً، لأن العاقد والمالك في الأصل واحد، وقال بعض أصحابنا بخراسان: فيه وجهان وهو ضعيف، وهل له أرش في نصيبه؟ قال ابن الحداد: له الأرش، وقال القفال: هو على التفصيل.

فرع آخر

لو وكّل رجلان في ابتياعه لهما، فابتاعه ثم أصاب به عيباً فإن لم يكن الوكيل

---

(١) انظر الحاوي للماوردي (٥/ ٢٥١).

ذكرهما حال العقد تعلق العقد به فإن ادعى بعد ذلك أنه ابتاعه لهما لم يقبل قوله وإن ذكرهما حال العقد فالحكم على ما مضى.

فرع آخر

لو قال رجل لرجلين: بعتكما هذين العبدين بألف درهم فقال أحدهما: قبلت أحدهما بخمس مائة لم يصح، لأنه [١٤٣/أ] قبل ما أوجب له وما لم يوجب لأنه أوجب له نصف كل واحدٍ من العبدين، ولو قال: قبلت نصف العبدين بخمس مائة صح البيع خلافاً لأبي حنيفة، وهكذا لو قال رجلان لرجل: بعنا عبداً بألف فقال: قبلت نصيب أحدكما بخمس مائة يصح خلافاً لأبي حنيفة، لأنه قبل ما أوجب له وهكذا لو كان العبد واحداً فقال أحدهما: قبلت نصفه بنصف الثمن جاز.

وقال بعض أصحابنا بخراسان: فيه وجه آخر أنه لا يجوز لأنه خالف الإيجاب وليس بشيء، ولو قال رجل لرجل: بعتك هذين العبدين بألف درهم فقال: قبلت أحدهما بخمس مائة أو نصف هذا العبد بخمس مائة لا يجوز لأنه يؤدي إلى تبعيض الصفقة على البائع، وبيع الواحد من الواحد صفقة واحدة بخلاف المسألة الأولى.

فرع آخر

لو قال: بعتك هذين العبدين كل واحد بخمس مائة فقال: قبلت أحديهما فالمذهب جوازه وفيه وجه آخر لا يجوز لأن إيجابه صادفهما فلا يتبعض.

فرع آخر

لو اشترى رجلان عبداً من رجل فنقده [١٤٣/ب] أحدهما نصف الثمن كان عليه أن يسلم نصيبه إليه وهو نصف المبيع لأنه بمنزلة المنفرد بالعقد عليه ولو سلم إليه جميع الثمن لا يسلم إليه إلا النصف الذي ابتاعه منه، ويسلم النصف الآخر إلى المشتري الآخر ويكون متبرعاً بوزن الثمن إلا أن يكون بإذن شريكه، وقال أبو حنيفة: ليس له قبض نصيبه إذا دفع نصف الثمن، ولو دفع كل الثمن كان له قبض كله، ويرجع على شريكه بما أدى عنه وبناه على أصله أن حكمه حكم الصفقة الواحدة، وهذا غلط لأنه يؤدي إلى قبض ملك غيره من غير ولايةٍ ولا إذن.

فرع آخر

إذا حدث بالمبيع عيب بعد القبض لا يثبت الخيار للمشتري، وقال مالك: عهده الرقيق ثلاثة أيام إلا في الجذام والبرص والجنون فإنها إن ظهرت إلى سنة ثبت الخيار للمشتري واحتج بما روى الحسن عن عقبة أن النبي ﷺ «جعل عهدة الرقيق ثلاثة أيام»، وهذا غلط لأنه عيب ظهر في يد المشتري ويجوز أن يكون حادثاً بعد القبض فلا يثبت به الخيار كما [١٤٤/أ] لو كان بعد الثلاث وبعد السنة، وأما الخبر فمرسل لأن الحسن لم يلق عقبة أو يحمل ذلك على إجازة شرط الخيار وإنما خص الرقيق لأن شرط الخيار فيه أحوج.

فرع آخر

لو اشترى رجل من رجل عبدين في صفقة واحدة فوجد بأحدهما عيباً لم يكن له رد المعيب وإمساك الصحيح، وبه قال عامة أصحابنا، وقال القفال وصاحب «التلخيص» وجماعة: هذا على القول الذي يقول: لا يجوز تفريق الصفقة فأما إذا جوّزنا تفريق الصفقة رد المعيب منهما، وبه قال أبو حنيفة، إلا أنه قال: يقول إن كان قبل القبض ليس له تفريق الصفقة وهذا لأن قبل القبض، عنده يكون تبعيض الصفقة في الإتمام وبعد القبض يكون تبعيض الصفقة في الفسخ وهذا غلط لأن رد الصحيح تبعيض الصفقة من المشتري فلم يكن له كما لو كان قبل القبض وأصله إذا كان المبيع طعاماً فإنه قال: لا يرد بعضه فإن العيب ببعضه عيب بكله.

فرع آخر

إذا قلنا: يرده رده بحصته من الثمن إذا وزّع [١٤٤/ب] الثمن على قيمتها إذا قلنا: لا يرد فأراد ردهما فله ذلك، وإن كان العيب بأحدهما وليس للبائع أن يقول لا يرد إلا المعيب، ولو قال: لا أرد كليهما ولكني آخذ الأرش ليس له ذلك لأن رد كليهما ممكن.

فرع آخر

لو اشترى عبدين فمات أحدهما في يده ثم وجد بالآخر عيباً فإن جوّزنا تفريق الصفقة رد الحيّ وإن لم يجز له طلب الأرش فيما أراد رده. قال القاضي أبو حامد: وهذا أولى قوليه، ومن أصحابنا من قال: إن قلنا: إذا كانا قائمين يجوز تفريق الصفقة فهاهنا أولى وإن قلنا: هناك لا يفرق فهاهنا قولان والفرق أن هاهنا تفريق الصفقة لا باختياره بخلاف ما لو كانا قائمين، وإن كان العيب فيهما في الحي والميت ولم يرض بعيب واحد منهما فله الأرش فيهما.

وقال بعض أصحابنا بخراسان: فيه قول آخر أنه يفسخ في القائم والتالف فيرد قيمة التالف مع القائم ويسترد الثمن، وإن كان لو انفرد التالف لا يمكن الفسخ فيه. لأن العذر هاهنا ظاهر وهو أنه لا يتوصل إلى رد القائم إلا به، ويكون التالف في الفسخ تبعاً للقائم قال هذا [١٤٥/أ] القائل وهذا هو السنة لأن النبي ﷺ «أمر في خبر المصراة برد الشاة وقيمة اللبن التالف» وهذا غلط مخالف لنص الشافعي في اختلاف العراقيين فإنه قال فيه: رجع بحصته من الثمن لأن هذا تلف في يده بالثمن فلا يضمنه بالقيمة. وأما خبر المصراة فقد بينا أن ذلك التلف كان لاستعلام العيب فلا يمنع الرد.

فرع آخر

لو اختلفا في قيمة التالف فقال البائع: قيمته عشرة وقيمة الموجود خمسة ليخص التالف ثلثا الثمن، وقال المشتري: قيمة الموجود عشرة وقيمة التالف خمسة فأما الموجود فيمكن تقويمه، وأما التالف فاختلف قوله فيه فقال في اختلاف العراقيين: القول قول البائع مع يمينه، لأن البائع ملك جميع الثمن فلا يزيل ملكه إلا عن مقدار

يعترف به، وقال فيه: وفيه قول آخر: القول قول المشتري لأنه بمنزلة الغارم لأن قيمة التالف إذا زادت زاد قدر ما يغرمه فهو بمنزلة الغاصب والأول أصح وهو اختيار القاضي الطبري: لأنه بمنزلة المشتري والشفيع إذا اختلفا في الثمن فالقول قول المشتري، وإن كان الشفيع غارماً [١٤٥/ب] لأنه يريد إزالة ملك المشتري عن الشقص الذي ملكه وكذلك هاهنا يزيل ملك البائع عن الثمن وكذلك لو أراد المشتري الرجوع بالأرش في القائم، واتفقا أن العيب الذي به ينقص عشر قيمته، فقال: ارجع بعشر ثلثي الثمن، وقال البائع: بل يرجع بعشر نصف الثمن فعلى القولين.

فرع آخر

إذا قلنا بالقول الذي ذكره أهل خراسان فأراد رد قيمة التالف مع الباقي أو أراد القائم وحده بحصته، أو أراد أن يعرف قيمة القائم ليعرف كم يخصه من الثمن ويعرف به كم أرش النقص منه فاختلفا، فقال المشتري: قيمة التالف خمس مائة، وقال البائع: بل ألف واتفقا أن قيمة القائم ألف فبزعم المشتري أن عليه مع رد القائم رد ثلث الثمن، وقال البائع: بل نصف الثمن فالقول قول المشتري هاهنا قولاً واحداً لأنه غارم.

فرع آخر

قال القفال: قال الشافعي: لو ابتاع عبداً فأشرك فيه رجلاً فحط له من الثمن كان عليه أن يحط للشريك، قال القفال: وعندي التولية في [١٤٦/أ] ذلك كالاشتراك، وصورة المسألة أن يشتري عبداً بألف درهم ثم قال لرجل: أشركتك في نصف هذا العبد فقال: قد قبلت صار نصف العبد ملكاً لهذا الشريك بنصف الثمن، وكأنه قال: بعت منك نصف هذا العبد بخمس مائة والتولية أن تقول ولَّيتك هذا البيع بهذا الثمن فيقول: قبلت فإن لم يكن الثاني عاملاً بالثمن لا يجوز، لأنه بيع جديد فلا يجوز بثمن مجهول، فإذا فعل ذلك فحط البائع الأول من الثمن شيئاً يلزمه أن يحط لشريكه وللمولى بيعه ذكره في «البويطي».

وقال الشافعي في موضع آخر: الإشراك بيع والتولية بيع والإقالة فسخ، فإذا اشترى عبداً فأشرك رجلاً في نصفه ثم وجد به عيباً فإن رد الشريك معه بالعيب فله الرد وإن لم يرد الشريك معه بالعيب ليس له الرد نص عليه في «البويطي» وهل له الرجوع بالأرش؟

قال ابن سريج: فيه قولان وأراد وجهان، فقد جعل الشافعي الإشراك بيعاً ثم لم يجعله في حكم الحط كالبيع، لأنه لو اشترى رجل من رجل عبداً فباعه من رجل فحط [١٤٦/ب] البائع الأول لم يلزم البائع الثاني أن يحط لمشتريه بمقدار ما يحط، والنكتة فيه: أنه إذا ملكه نصفه بلفظ الاشتراك أو كله بلفظ التولية، فقد ملكه على حكم العقد السابق لا على حكم عقد مستأنف ولهذا يختص بالثمن الأول ولا يجوز بالزيادة والنقصان، فإذا حط من الأول لا بد من الحط عن الثاني، وإذا كان بلفظ البيع فقد ملكه بعقد مستأنف فلا يجب به اعتبار الثمن الأول ويجوز أن يختلف الحكم في مثل هذا العقد باختلاف اللفظ، ألا ترى أنه لو قال: اشتريت عبدك بمائة ثم قال لرجل: بعته منك بربح ده يازده ثم بان أنه قد اشتراه بتسعين يحط عن المشتري قدر الكذب، ولو قال: اشتريت بمائة وبعته منك بمائة وعشرة

فقال: قبلت ولم يكن بلفظ المرابحة ثم بان أنه كان اشتراه بتسعين لزم المشتري بما تعاقدا عليه ولا يحط شيئاً لأنه لم يتلفظ بالمرابحة وملكه بعقد مستأنف لا بحكم العقد السابق، فإن قيل: أليس قلتم يبتني عقد المرابحة على العقد الأول كالتولية [١٤٧/أ] فهلا قلتم إنه إذا كذب فزاد في رأس المال في المرابحة، لا يصح العقد كما في التولية، وقد قلتم: يصح ويثبت الخيار؟ قيل: لا يبتنى عليه أثناء التولية لأنه لو قال: اشتريت بمائة وقد بعت بربح دم يازده وبزيادة عشرة دراهم جاز، وهذا زيادة في رأس المال وفي التولية لو زاد هكذا لم يجز كالإقالة لا يجوز بغير الثمن الأول.

فرع آخر

لو اشترى إبريقاً من فضةٍ وزنه مائة درهم بمائة درهم، فوجد به عيباً وحدث عنده عيب آخر قد بيّنا فيما قبل في نظير هذه المسألة لأنه لا يرجع بالأرش لأنه يؤدي إلى الربا فينفسخ العقد بينهما ويرد الثمن ويدفع قيمة الإبريق من الذهب لأنه لما تعذر رده جرى مجرى تلفه وهذا اختيار ابن سريج. ومن أصحابنا من قال: يفسخ العقد ويرد الإبريق وأرش ما نقص ويكون بمنزلة المأخود على طريق السوم إذا أحدث فيه نقص. وهذا اختيار القاضي الطبري. وذكر الداركي وجهاً أنه: يرجع بالأرش لأن ما ظهر من الفصل في الرجوع بالأرش لا يعتبر بدليل أنه يجوز الرجوع بالأرش في غير هذا ولا يقال: [١٤٧/ب] لا يجوز لأنه يؤدي إلى جهالة الثمن، ولو تلف الإبريق يفسخ العقد ويرد قيمته ويسترجع الثمن وتلف المبيع لا يمنع جواز الفسخ لأن الشافعي جوز الإقالة بعد التلف ويخالف هذا إذا كان المبيع من غير جنس الثمن الذي فيه الربا لأنه يمكنه أخذ الأرش هناك فلا ضرورة إلى فسخ العقد في التالف عنده وهاهنا ضرورة لأنه لا يمكن إسقاط حقه بغير عوض.

فرع آخر

لو أبرأه البائع بعد التفرق من بعض الثمن صح فإن رده المشتري بعيب رجع بتمام الثمن وفيه قول آخر: يرجع بما أدى بناء على الزوجة إذا أبرأت من الصداق ثم طلقها قبل الدخول، هل يرجع عليها بالنصف؟ فيه قولان، ولو كان دفع إليه عرضاً بالألف ثم رد بالعيب يرجع بالألف بلا خلاف.

فرع آخر

لو كان هذا النقصان قبل التفرق كان فسخاً للبيع الأول واستئنافاً للبيع بتسع مائة على ظاهر المذهب، فلو رده بالعيب رجع بتسع مائة لا غير لأنها جميع الثمن.

فرع آخر

لو قبض العبد المشتري وتلف [١٤٨/أ] عنده قبل التفرق ثم أعُطي البائع بالثمن عرضاً لا يجوز، لأنه يكون فسخاً واستئنافاً ولا يجوز هذا في هذا الموضع، وإن كان العبد باقياً يصير مبتدئاً للبيع بالعرض، فلو رده بالعيب رجع بالعرض لأنه الثمن.

فرع آخر

إذا فعلا هكذا فما تقدّم من قبض المشتري للعبد لا يجوز حتى يحدث له البائع قبضاً

بعد تقدير العرض أو بعد النقصان إن كان نقص لأنه ارتفع الأول وابتدأ الثاني فافتقر إلى قبض بعده، ولم يصح فيه قبض حتى تلف العبد قبل إحداث قبض ثانٍ بطل البيع لتلف المبيع قبل القبض ويكون مضموناً على المشتري بالقيمة دون الثمن لأن بطلان البيع أسقط عنه الثمن ولزمته القيمة، لأنه قد كان في قبضه تعوّض، وعلى ما ذكرنا لو كان المشتري باعه بعد القبض قبل التفرق لا يصح النقصان ولا أخذ العوض لأن فسخ البيع بعده لا يجوز.

فرع آخر

لو اشترى عصيراً حلواً وكان معيباً فلم يعلم المشتري حتى صار خمراً يرجع بالأرش وليس [١٤٨/ب] له رد الخمر سواء رضي البائع بقولها أم لا، فلو صار خلاً فقال البائع: أنا أسترجع الخل وأرد الثمن ولا أدفع الأرش كان له لأن الخل عين العصير. وليس فيه معنى يمنع المعاوضة ولا للمشتري فيه عمل يخاف تفويته عليه.

فرع آخر

لو اشترى نصراني من نصراني خمراً ثم أسلما فوجد المشتري بالخمر عيباً ينقص العشر من ثمنها، قال ابن سريج: يرجع على البائع بأرشه وهو عشر الثمن ولا يبطل ذلك بإسلامهما، وبه قال محمد: فإن قال البائع: أنا آخذ الخمر وأرد الثمن ليس له ذلك فإن لم يرجع المشتري بنقصان العيب حتى صار الخمر خلاً في يد المشتري فقال البائع: أنا آخذ الخل وأرد الثمن كان له.

فرع آخر

لو كان المشتري وقف على عيب الخمر قبل إسلامهما فلم يردها حتى أسلما لم يكن له الرد بعد إسلامه، ولا الرجوع بالأرش، أما الرد فلحدوث الإسلام، وأما الأرش فلإمكان الرد قبل الإسلام، ولو أسلم البائع وحده لم يجز [١٤٩/أ] أشرطها غزيرة اللبن وكما يرد الغلام إذا وجده غير كاتب وقد اشترطه في العقد كاتباً وعلى هذا إذا ظن أنها جعدة فمجرد الظن لا يوجب الخيار، كما لو ظن العبد كاتباً فلم يكن، لا خيار ولو كان قد زور يثبت الخيار وإن لم يشترط قال في «الحاوي»[(١)]: وهذا أصح.

فرع

لو رأى شعرها سبطاً وكان قد سبط بالحيلة، ثم تجعد من بعد هل له الخيار؟ وجهان **أحدهما**: لا خيار لأن الجعودة خير، **والثاني**: له الخيار لأن الأغراض تختلف في ذلك والأول أصح.

فرع آخر

إذا قلنا: لا خيار في هذه المسألة السابقة فشرط أن تكون سبطة فخرجت جعدة،

---

(١) انظر الحاوي للماوردي (٥/ ٢٥٣).

قال بعض أصحابنا بخراسان: ثبت الخيار وجهاً واحداً لأنه صرح بأن مقصوده السبوطة وأخلف الشرط وقيل فيه وجهان أيضاً.

فرع آخر

لو اشترى جارية مطلقاً فوجدها ثيباً أو بكراً لا خيار لأنه لا ظاهر لهذا يستدل به عليه ومن أصحابنا من قال: إن كان مثلها يكون بكراً في العادة فوجدها ثيباً [١٤٩/ب] له الخيار لأنه وجدها على خلاف المعهود وهذا أصح عندي فإن كان الشراء بالشرط فإن شرط أنها بكر فكانت ثيباً فله الخيار، وإن شرط ثيباً فبانت بكراً فالمذهب أنه لا خيار له، لأن البكارة زيادة في قيمتها. ومن أصحابنا من قال: له الخيار لأنه ربَّما يكون شيخاً ضعيفاً يقدر على الثيب دون البكر، ولا يؤمن من الاقتصاص التلف من نزف الدم وانقطاع العرق. وهذا غلط لأن الخيار ثبت للنقص في العين أو القيمة ولم يوجد هاهنا.

فرع آخر

لو اشترى عبداً أو جارية مطلقاً يعتقد إسلامه فبان الكفر أو يعتقد الكفر فيه فبان الإسلام فلا خيار لأن ظاهر الحال لا يدل على الكفر والإسلام، كالبكارة والثيابة سواء. وحكي عن أبي حنيفة أنه إذا بان كافراً يثبت الخيار لأن الكفر نقص، قال اللّه تعالى: ﴿وَلَعَبْدٌ مُّؤْمِنٌ خَيْرٌ مِّن مُّشْرِكٍ﴾ [البقرة: ٢٢١] وهذا غلط، قياساً على ما وجده فاسقاً لا خيار بالإجماع، وهذا إذا وجده كتابياً فإن وجده مرتداً أو وثنياً له الخيار، لأنه لا يقر عليه ذكره أصحابنا.

فرع آخر

لو اشتراه على أنه [١٥٠/أ] مجوسي فبان يهودياً يثبت الخيار. وقيل: إن كان لا ينتقص قيمته في العادة لا خيار. وإن كان ينتقص بأن كان الغالب المجوس في تلك الناحية يثبت الخيار.

فرع آخر

لو شرط الإسلام فبان كافراً فله الخيار بلا خلاف، وإن شرط الكفر فبان الإسلام له الخيار أيضاً لأن للتجار غرضاً في كفره لأن أهل الذمة يزيدون في ثمنه. وقال أبو حنيفة: لا خيار له وهو اختيار المزني لأن المسلم أفضل من الكافر وهذا غلط، لأن الإسلام فضيلة في الدين، ولكن الأغراض تختلف بالكفر والإسلام وتختلف المالية على ما ذكرنا وقيل: في المسألة وجهان، وهذا غلط لأنه قيل: إن كان في ناحية الغالب أهل الذمة ويرغبون في الكافر يثبت الخيار وإلا فلا.

فرع آخر

لو اشترى على أنه فاسق فإذا هو عدل فلا خيار بلا خلاف لأنه يصلح لكل أحد، ولو اشترى على أنه عدل فإذا هو فاسق له الخيار.

فرع آخر

لو اشترى عبداً فكان غليظ الكلام أو ثقيل النفس أو بطيء الحركة أو قليل [١٥١/أ] الأدب لا خيار له ولو كان به بَلَهٌ أو خَبَل أو مَؤَتة أو سارق أو آبق أو ساحر أو نمام أو به نفخة طحال أو كان يشرب الخمر، قال القاضي: ويسكر أو يقذف المحصنات أو يدع الصلوات أو أرتّ لا يفهم أو في فمه سن زائدة أو مقلوعة، يثبت الرد بالعيب والأصل فيه أن كلما ينقص قيمته عينه أو قيمته أو منفعته يثبت الخيار.

فرع آخر

لو اشترى عبداً مطلقاً فبان فحلاً لا خيار، وكذلك إن كان عنيناً وإن بان خصياً فله الخيار، وإن كان يزيد قيمة الخصي على قيمة الفحل لنقصان العين، وإن كان بالشرط فشرط الفحولة فبان خَصِيّاً فله الخيار وإن شرط خصياً فبان فحلاً فله الخيار أيضاً.

فرع آخر

لو وجده خنثى فله الخيار سواء كان مشكلاً أو ظهر حاله لأنه خلاف المعهود، ذكره أصحابنا.

فرع آخر

لو اشترى عبداً فوجده زانياً يثبت له الخيار، وقال أبو حنيفة: لا خيار له ووافقنا في الجارية أنها ترد بعيب الزنا فيقول: هذا ينقص من قيمته لأنه يعرضه [١٥١/أ] لإقامة الحد ومنه النقصان فوجب أن يثبت الخيار.

فرع آخر

لو وجده يبول في الفراش يثبت به الخيار، وقال أبو حنيفة: لا خيار له ووافقنا في الجارية إذا كانت تبول في الفراش يثبت الخيار، واعتذر بأن في الجارية تفسد عليه فراشه وفي الغلام لا يوجد ذلك، فيقول في الغلام يفسد الثياب التي ينام فيها فيكون نقصاً.

فرع آخر

لو كانت طفلة مثلها تبول في الفراش لا خيار، وكذلك في الغلام الطفل.

فرع آخر

لو وجده كثير الأكل أو قليل الأكل لا خيار، لأنه لا تتغير به الرغبات غالباً ولا يظهر أثره في عمله، ولهذا لا ينخفض عنه عند الشراء.

فرع آخر

لو وجد الدابة قليلة الأكل له الخيار لأنه ينقص عمله إن كان عاملاً ولا يزيد لحمه إن كان مأكولاً ولا يسمن.

فرع آخر

لو اشترى جارية للوطء فوجدها بخراء كان ذلك عيباً هكذا ذكره القاضي أبو حامد،

ولم يذكر نحو الغلام ولكن قال سائر أصحابنا: يثبت فيه الخيار أيضاً لأن ذلك [١٥١/ب] ينقص من ثمنه، وكذلك لو وجد به صِناناً، وقال أبو حنيفة: هذان يكونان عيباً في الجارية دون الغلام لأنهما يؤذيانه في الفراش بخلاف الغلام فنقول البَخَر في الغلام أيضاً يؤذيه عند المخاطبة والمسارة.

فرع آخر

لو وجده يتمكن من نفسه باللواط كان عيباً يثبت به الخيار، وقال أبو حنيفة: هو عيب في الكبير دون الصغير لأن الكبير يفعله طبعاً والصغير يفعله غباوة وجهلاً اختداعاً بالمال ونحو ذلك وهذا غلط، لأنه ينقص القيمة فيهما.

فرع آخر

لو وجدها رتقاء أو قرناء يثبت الخيار لأنه عيب، ولو وجدها يتأخر حيضها فله الخيار نص عليه الشافعي في «البويطي». قال أصحابنا: أراد إذا كان لعلو السن فيكون غالب الظن الإياس منه.

فرع آخر

لو وجدها مغنية لا خيار وكذلك في العبد، وقال مالك في الجارية: يثبت الخيار لأن ذلك يخلقها ويدل على قلة صيانتها وهذا غلط، لأنه صنعة يزيد في ثمنها والمبتغى من الرقيق يوفر الأثمان، فإن كره ذلك أمكنه أن يمنعها [١٥٢/أ] وإنما يحرم استعماله دون معرفته، وأصحاب مالك ينكرون هذا عن مالك.

فرع آخر

لو وجدها متزوجة يثبت الخيار لأنه ينقص قيمتها، وكذلك لو وجد العبد متزوجاً يثبت الخيار لأن عليه غرم النفقة والمهر.

فرع آخر

لو وجدها معتدة يثبت الخيار أيضاً لأنها لا تحل لأحد ولو وجدها محرمة يثبت الخيار أيضاً، ولو وجدها أخته من الرضاع لا يثبت الخيار لأنها تحل لغيره بخلاف المعتدة والمحرمة، وكذلك لو وجدها قد وطئها أبوه لا خيار وقيل: فيه وجه له الخيار وهو ضعيف، ولو وجدها صائمة لا خيار عن الخروج عن الصوم قريب.

فرع آخر

لو وجده والداً أو ولداً عتق عليه ولا رد ولا أرش لأنه لمعنى في العاقد فلا يكون عيباً.

فرع آخر

لو كان في ذمته دين المعاملة عن قرض أو خسران تجارة لا خيار له لأنه ضرر عليه فيه، وقال أبو حنيفة: له الخيار وهذا غلط، لأنه يلزم أداء ذلك بعد العتق ولا يستضر به سيده ما دام مملوكاً له، ولو كان المال في رقبته يثبت الخيار. [١٥٢/ب]

فرع آخر

لو أرسل عليه زنبوراً حتى انتفخ فظن المشتري أنه سمين ثم بان يثبت الخيار.

فرع آخر

لو اشترى جاريةً فبانت غير مختونة لا خيار لأن ذلك سليم فيها، وإن بان الغلام غير مختون نُظر فإن كان له سبع فما دون لا خيار وإن كان كبيراً في خِتانه مشقة يثبت الخيار لأنه يخاف عليه منه، ومن أصحابنا من قال: إن كان الكبير من سني الوقت من وقت لا يختتنون لا خيار لأنه ما خالف المعهود. وقيل في الجارية وجهان والصحيح: أنه يثبت الخيار لأنه لو كان فيها أصبع زائدة يثبت الخيار ولا يستحق قطعها فلأن يثبت هاهنا ويستحق إزالة هذه الجلدة أولى.

فرع آخر

لو شرط أنه أقلف فبان مختوناً قال بعض أصحابنا: إن كان فيه غرض له الخيار بأن كان الغلام مجوسياً وعلم أن المجوس يرغبون فيه، وإن كان بخلافه لا خيار.

فرع آخر

لو ختنه ثم وجد به عيباً قديماً فالختان لا يمنع الرد لأنه زيادة.

فرع آخر

لو وجدها أبيض الشعر فإن كانت [١٥٣/أ] كبيرةً يَبْيضُّ شعر مثلها لا خيار لأنه ما خالف المعهود وإلا يثبت الخيار.

فرع آخر

لو اشترى عبداً فكان يبول في نومه قد ذكرنا أن له الرد فلو لم يعلم حتى كبر العبد لم يكن له الرد ويرجع بالأرش لأن علاجه بعد الكبر عسير فصار كبره عنده كالعيب الحادث في يده.

فرع آخر

لو أبق في يد المشتري ليس له مخاصمة البائع ما دام آبقاً، قال مالك: له مخاصمته إذا عرف أنه كان آبقاً وهذا غلط لأنه يحتمل بقاءه فيستحق الرد واسترجاع الثمن ويحتمل تلفه فيستحق الأرش وما جهل استحقاقه لا تصح المطالبة به.

فرع آخر

لو أبق قبل القبض فقال البائع للمشتري: لا يفسخ البيع فإني أتيك به لا خيار له.

فرع آخر

لو اشترى عبداً صح أنه بيع في جنايةٍ جناها فإن كانت خطأ، فإن كانت تكررت منه كثيراً فهو عيب وجب الرد وإن كانت مرةً واحدةً لا يكون عيباً لأنه لا يخلو أحد منه في الغالب، وإن كان عمداً فإن لم يكن تاب العبد منها [١٥٣/ب] كان عيباً، له الرد. وإن تاب فهل يكون عيباً يوجب الرد؟ فيه وجهان، **أحدهما**: لا يكون عيباً لأن التوبة رفعت الإثم دون النقص.

فرع آخر

لو اشترى جاريةً أو عبداً فوجده ولد الزنا لا خيار لأن النسب الصحيح غير مقصود في العبيد والإماء. لو علم أن البائع للدار أو العبد وكيل أو أمين حاكم أو وصي ميت أو أب لابنه الصغير، هل يرد بهذه الأسباب؟ وجهان، **أحدهما**: لا يرد لجواز تنوعهم وصحة عقولهم. **والثاني**: يرد لما يخاف من فساد النيابة واستحقاق الدرك ذكره في «الحاوي»(١) وقيل: إن لم يكن الولي ثقة طاهراً له الخيار.

فرع آخر

لو اشترى جارية فزوجها من رجل فقال الزوج لها: إن ردّك المشتري بالعيب على البائع فأنت طالق وكان قبل الدخول ثم وجد بها عيباً فأراد ردها على البائع.

قال والدي: الأظهر عندي أنه له الرد لأنه لا ضرر في قبولها معيبة لأن الفرقة بينها وبين زوجها عقيب الرد بلا فصل ولا يحلف النكاح عدة ويحتمل أن يقال ليس له [١٥٤/أ] الرد لأن العيب الحادث موجود عند الرد فمنع الرد ولأن الزوج قد يموت عقيب الرد فيلزمها عدة الوفاة ولا يقع الطلاق على المذهب الصحيح. والعدة عيب ويستضر بها البائع فلا يتيقن زوال العيب من جميع الوجوه عند وقوع الرد، وهكذا لو اشترى جاريةً مزوجةً من غير علم بالتزويج ثم قال الزوج لها: أنت طالق إذا برئ المشتري من الثمن وكان قبل الدخول ثم علم المشتري بالتزويج هل له الخيار؟ يحتمل أن يقال: له الخيار لأن العيب موجود في الحال وزواله مظنون لجواز أن يموت الزوج قبل أن يراه المشتري من الثمن فيلزمها عدة الوفاة، فلا يجوز إسقاط الرد بأمر معلوم في الحال لزوال في الثاني غير معلوم، ويحتمل أن لا يثبت الخيار لأنه لا ضرر على المشتري في ذلك لأن عدة الوفاة إن وجبت يثبت الخيار بها لأنها عيب حادث في يد البائع لم يقع الرضا به ولا يمكن أن يقال مثله فيما قدمناه لأن البائع لا يثبت له الرد بعد القبض لإيجاب مدة الوفاة فيؤدي إيجاب القبول هناك إلى إلحاق الضرر [١٥٤/ب] به فلم يوجبه على ما ذكرنا في الوجه الثاني.

فرع آخر

لو اشترى دابة فوجدها جموحاً لا تنقاد للركوب فإن كان لا يمكن إلا بشد قوائمها أو باجتماع الناس عليها كان عيباً وإلا فلا.

فرع آخر

لو اشترى أرضاً على ظن أن لا خراج عليها فبان الخراج قدر العادة لا خيار لأنه وافق المعهود والظن إذا لم يعتمد أصلاً لا حكم له وإن وجدها مثقلة بالخراج فله الخيار.

---

(١) انظر الحاوي للماوردي (٥/ ٢٥٥).

فرع آخر

لو وجدها تألف الخنازير وتفسد زرعها فيه وجهان، **أحدهما**: لا خيار لأن الضر ليس لنقص في المعقود عليه. **والثاني**: يثبت الخيار لأنه ينقص القيمة.

فرع آخر

لو وجد الدار برسم النزول أو في جوار القصارين يدقون الثياب وينادون بصوت الدق وتحرك الحيطان فيه وجهان أيضاً على ما ذكرنا.

فرع آخر

لو باع عشرين صاعاً من ماء في بئرٍ فاستسقى منها تسعة عشر صاعاً فلما أخرج الصاع الأخير [١٥٥/أ] وجد فيه فأرة ميتة ولم يتغير الماء بها فأريق هذا النجس وقال البائع أسلم الصاع الباقي من باقي الماء لأنه كبير لم يتغير بالنجاسة، ورام المشتري فسخ البيع كان له الفسخ لأن هذا الماء نجس عند بعض الفقهاء فتعافه النفس فيصير كَعَيبٍ أصابه بما اشتراه نص عليه الشافعي.

فرع آخر

قال أصحابنا على قياس هذه المسألة المنصوصة لو اشترى ماء ثم تبين أنه مشمس هل له الرد؟ يحتمل وجهين: **أحدهما**: ليس له الرد وإن كانت النفس تعافه لأنه غير مسلوب المنفعة في قول العلماء أجمع فإن الطهارة به جائزة بكل حالٍ والكراهة كراهة تنزيه لا تحريم، **والثاني**: وهو الأظهر عندي له الرد لأنه ينقص ثمنه بقلة الرغبات فيه.

فرع آخر

قال بعض أصحابنا بالعراق: لو اشترى داراً فأظهر رجل قباله بالوقفية، علم أنها على الأصل، وليست هي مزورة كان ذلك عيباً في المبيع له ردها لأنه يؤدي إلى النقص في الثمن وهو اختيار مشايخ طبرستان وكذلك لو ادعى مدع يعول على دعواه فادعى وقفيتها [١٥٥/ب] يحتمل أن يقال: ذلك عيب وهذا إذا سبقت الدعوى البيع أو كان بعد البيع قبل القبض.

فرع آخر

لو باع داراً على أن يكون له أو لآخر ممر رجل في دهليزها أو مسيل ما صح وهو يبرأ من عيب ليقطع خياره إذا عرفه.

فرع آخر

إذا باع الطاهر من الأواني، بالتحري لزمه تعريف المشتري فإن لم يعرفه هل له الخيار؟ وجهان.

فرع آخر

لو اشترى عبداً فقبل القبض جاء ابن المشتري وقطع يده فيثبت الخيار للمشتري ثم

مات قبل الاختيار والتمكن منه وانتقل الإرث إلى الابن القاطع، هل له الخيار؟ فحق الإرث يحتمل أن يقال: له الخيار لأنه يستفيد هذا الخيار بنفسه بل عن المورث فاعتبر حاله، ألا ترى أن الابن لو رضي بالعيب حال حياة الأب ثم مات الأب كان له الخيار ولا يعمل رضاه المتقدم في ذلك؟! كذلك هاهنا فإذا صح هذا فإن اختار إجازة البيع لم يغرم شيئاً للقطع، لأنه يستحيل أن يجب له الحق على نفسه، وإن اختار الفسخ كان عليه نصف القيمة في [١٥٦/أ] إحدى اليدين وتمامها في اليدين ويسترجع الثمن إن كان قد قبضه من المورث، وفيه قول آخر إنه يغرم نقصان القيمة إلحاقاً للمماليك بالأموال في هذا الباب والأول أظهر.

فرع آخر

إذا اشترى عبداً ثم وجد به عيباً فقبل رده مع كونه في الرد جاء البائع وقطع يده كان له الرد على البائع في أحد الوجهين، وهو الأظهر عندي، والوجه الثاني: لا يرد لأنه حدث عيب آخر في يد المشتري.

فرع آخر

إذا باع عبداً قيمته مائة وسلمه إلى المشتري والقيمة بحالها ثم تقايلا فوجد البائع بالعبد عيباً حادثاً عند المشتري هل له فسخ الإقالة؟ يحتمل وجهين، فإن قلنا: الإقالة بيع له الفسخ. وهذا اختيار القاضي الطبري وهذا لأن هذا العيب كان في ضمان المشتري ولم يذكر وجهاً آخر، وإن قلنا: الإقالة فسخ ليس له الفسخ وهذا أصح وعلى هذا الوجه له الرجوع بنقصان العيب والأقرب أنه يلزمه نقصان القيمة لأن البيع مرتفع بينهما.

مسألة(١): قال: وإنْ كانَ باعها أو بعضَها [١٥٦/ب] ثم علمَ بالعيبِ لم يكنْ لهُ أن يرجعَ بشيءٍ.

إذا اشترى سلعة ثم باعها ثم أصاب بها عيباً يعلم أنه كان بها قبل ابتياعها لا يخلو إما أن يبيعها بعد العلم بالعيب أو قبله فإن باعها بعد العلم بالعيب سقط حكم الرد لأنه آخر الرد مع الإمكان وهو يثبت على الفور ثم ينظر في المشتري. الثاني: فإن ردها على بائعه بالأرش وليس للبائع أن يرجع على بائعه لأنه كان أسقط حقه من العيب بالكلية بالبيع مع العلم، وإن باعها قبل العلم بالعيب ثم علم فقد تعذر رده ولا يرجع على البائع بالأرش لأنه لم ييأس من الرد لجواز أن يرد المشتري الثاني عليه بذلك العيب فيرد على بائعه، وإذا أمكن رد العين لم يجز له الرجوع بالأرش. وقال أبو إسحاق: العلة فيه أنه استدراك الظلامة يبيعه بثمن مثله فلا يجوز له الرجوع بأرش العيب والأول أصح. وهو اختيار أبي حامدٍ والقاضي الطبري وهو في الحقيقة لم يستدرك الظلامة بل غبن المشتري في البيع، ولأنه لم يحصل له استدراك الظلامة من جهة [١٥٧/أ] من ظلمه فلا يسقط حقه به. وقال عبيد الله العنبري وابن أبي ليلى: إذا باعه ثم علم بالعيب يرجع بالأرش في الحال، وهذا غلط لما ذكرنا. وقال أصحاب مالك:

---

(١) انظر الأم (٢/١٨٩).

الصحيح من مذهب مالك أنه يرجع مثل قول ابن أبي ليلى وهو غريب. وحكي عن ابن سريج أنه قال: يرجع بالأرش في الحال، ثم إذا عاد البيع إليه رده على بائعه واسترجع الثمن إلا قدر ذلك الأرش وهو غريب فإذا ثبت هذا فإنه يُنظر فإن رد المشتري الثاني على البائع الثاني رد البائع الثاني على البائع الأول، وإن كان قد حدث عند المشتري الثاني عيب فرجع بالأرش على البائع الأول بالأرش على التعليلين جميعاً. هكذا ذكره أهل العراق وهو المذهب.

وقال بعض أصحابنا بخراسان: لا يرجع بالأرش لأن للبائع الأول أن يقول له كان يمكنك أن تسترده بالعيبين فحيث دفعت الأرش صرت متبرعاً بذلك [١٥٧/ب] وهو اختيار ابن الحداد. وهذا غلط لأنه لو استرده مع العيبين ربما لا يرضى به البائع الأول فيلزمه معيباً ويستضر به.

فرع

لو عاد إليه بوجه آخر من هبة أو ميراث ولم يرد عليه ولا حدث عنده عيب آخر فهل له أن يرده على البائع الأول؟ وجهان بناء على اختلاف التعليلين فعلى التعليل الأول: له الرد لأنه يمكنه الرد الآن ويئس من الرد وهو المذهب، وعلى التعليل الثاني: ليس له الرد لأنه استدرك ما لحقه من الظلامة، وحين عاد إليه عاد بلا عوض.

فرع آخر

لو اشترى عبدين فباع أحدهما ثم أعلم بالعيب فإن كان العيب في الذي باعه ليس له الرجوع بالأرش لأنه استدرك الظلامة ولم ييأس من الرد وإن كان العيب في الذي في يده، وقلنا: لا نفرق الصفقة ليس له الرد أيضاً ولا يرجع بالأرش أيضاً لأنه لم ييأس من رد الجملة، وإن قلنا تفرق الصفقة كان له رده.

فرع آخر

لو هلك عند المشتري الثاني أو أعتقه أو وقفه فهل يرجع المشتري الأول [١٥٨/أ] بالأرش على بائعه؟ فإن قلنا بالتعليل الأول يرجع لأنه آيس من الرد، وإن قلنا بالتعليل الثاني لا يرجع لأنه استدرك الظلامة. فإن رجع المشتري الثاني عليه بالأرش هاهنا له أن يرجع بالأرش على بائعه الأول بلا خلاف.

فرع آخر

إذا اشترى عبداً ثم أعتقه أو وقفه أو قتله أو مات في يده أو كان طعاماً فأكله ثم علم به عيباً له الرجوع بالأرش وبه قال أحمد، وقال أبو حنيفة: إذا قتله أو أكله لا يرجع بالأرش لأنه أزال ملكه عنه بفعل مضمون كما لو باعه. وهذا غلط؛ لأنه عيب لم يرض به وحده بعد الإياس من الرد، فكان له الرجوع بالأرش كما لو أعتقه وأما ما ذكره لا يصح لأن بالبيع لا يجب الضمان وإنما يجب الضمان بالتسليم ولأن في البيع لم ييأس من الرد.

فرع آخر

لو وهب ثم علم به عيباً فإن قلنا: الهبة تقتضي الثواب لا أرش له للعلتين كما قلنا

في البيع، وإن قلنا: لا تقتضي الثواب. قال بعض أصحابنا: لا يرجع بالأرش لأن ملكه زال بالهبة ولم ييئس من الرد ووافقنا فيه [١٥٨/ب] أبو إسحاق، وهذا يدل على بطلان علته لأنه لم يستدرك الظلامة هاهنا. فإن عاد إلى الأول بأي جهة عادلةٍ رده على بائعه وجهاً واحداً لأنه لم يستدرك الظلامة وقدر على الرد. ومن أصحابنا من قال: إذا قلنا لا يقتضي الثواب فيه وجهان، **أحدهما**: له الأرش لأنه لم يستدرك الظلامة بالعوض. **والثاني**: ما ذكرنا ذكره في «الحاوي»[١] وغيره. وكذلك لو وَهَبه أو أجّره ثم علم فيه وجهان بناء على هذين التعليلين.

فرع آخر

لو زوجها أو كان عبداً فزوجه أو كاتبه فيه وجهان، **أحدهما**: لا يرجع بالأرش لأنه لم ييأس من الرد، **والثاني**: يرجع بالأرش لأن النكاح يراد للتأبيد.

فرع آخر

لو أبق العبد من يده ثم علم به عيباً لا يمكنه الرد لخروجه من قبضه وليس له أخذ الأرش بلا خلاف بين أصحابنا للتعليل الأول وهذا يدل على فساد علة أبي إسحاق، وقيل: فيه وجه له الأرش لأنه تعذر الرد من غير استدراك الظلامة وهذا غريب بعيد. وهذا إذا كان [١٥٩/أ] العبد معروفاً بالإباق. فأما إذا أبق عند المشتري ولم يكن منه إباق قط فهذا حدوث عيب به لم يكن عند البائع فيرجع بالأرش ولكن للبائع أن يقول: أنا أرضى برده مع العيب الحادث فلا يكون للمشتري المطالبة بالأرش الآن. ولو عرف به عيب الإباق فقد بينا أنه لا يطالب في الحال بشيء فإن هلك الآبق في الإباق رجع المشتري على البائع بالأرش قولاً واحداً فيقوم آبقاً وغير آبق.

فرع آخر

لو علم المشتري الثاني بالعيب فرضي به سقط رده وأرشه، ولا يرجع المشتري الأول على بائعه لعدم العلتين.

فرع آخر

لو باعه المشتري من بائعه فقد صار المشتري الثاني البائع الأول وفيه المسائل الثلاث فإن علم الثاني بالعيب وما كان علم به قبل هذا رده على المشتري الأول، والأول يرده على بائعه وفائدته اختلاف الأثمان. ومن أصحابنا من قال: ليس له الرد لأنه لو رده لرده عليه. قال أصحابنا: وينبغي أن يقال إذا رضي المشتري بالعيب ثم علم به فأمسكه أن لهذا البائع الأول الرد عليه لأنه إذا [١٥٩/ب] ردّه إليه لم يكن له أن يرده إليه.

---

(١) انظر الحاوي للماوردي (٥/ ٢٥٥).

والثانية: علم الثاني بالعيب وقد حدث عنده نقص يرجع بالأرش على المشتري الأول والأول يرجع على بائعه ولكن كل واحدٍ منهما يرجع بأرش العيب بالحصة من الثمن الذي اشتراه به.

والثالثة: علم الثاني بالعيب ورضي به ليس للأول أن يرجع بأرش العيب لأنه قد استدرك الظلامة ولم ييأس من الرد وإن هلك عند المشتري الثاني أو أعتقه فهل يرجع المشتري الأول على بائعه بالأرش؟ على ما مضى من الوجهين.

فرع آخر

لو باعه من آخر ثم اشتراه مرة أخرى ثم وجد به عيباً، فعلى من يرد؟ قال القفال: فيه وجهان: **أحدهما**: يرد على من اشترى منه ثانياً ثم إن رده هو عليه مرة أخرى فحينئذ يرده على الأول وإنما يفعل هكذا لأن الثاني ربما يرضى فلا يرد وهو الصحيح، **والثاني**: يرده على من اشترى منه أولاً ولو اشتراه مرة أخرى بعد العلم بالعيب القديم فلا شيء له على الأول لأنه يقول: اشتريته عالماً بعيبه بعدما كنت تخصلت منه فقد [١٦٠/أ] رضيت بعيبه وهذا أبلغ من أن يعرف العيب ويؤخر الرد مع الإمكان في معنى الرضا بالعيب وسائر أصحابنا لم يفصل هذا التفصيل، وأطلق أنه إذا عاد إليه بشراء هل يرد على البائع الأول: وجهان: **أحدهما**: لا يرد لأنه هو الذي أدخل الغبن على نفسه والتزمه بالشراء. **ثانياً**: والصحيح ما ذكرنا.

فرع آخر

لو وجد البائع بالثمن عيباً بعد ما زال ملك المشتري عن المبيع وعاد إليه هل له أن يسترد الثمن ويسترد العين، كما لم يزل ملك المشتري عن العين أو يطالبه بمثل المبيع إن كان له مثل أو بقيمته وإن لم يكن له مثل عند رد الثمن؟ وجهان معروفان: **أحدهما**: يطالبه بالعين لأن العين موجودة فلا معنى لقيمتها. **والثاني**: هذا ملك جديد فيجعل كأنه لم يعد إليه فيرجع بقيمته، وهو كالوجهين فيما لو أفلس المشتري بالثمن بعد ما زال ملكه عن المبيع وعاد هل للبائع أن يرجع في عين ماله أم لا؟ وهكذا الصداق إذا أخرج عن ملك المرأة ثم عاد ثم طلقها قبل الدخول هل يرجع في نصف عينه أو نصف قيمته؟ وجهان. [١٦٠/ب]

فرع آخر

لو لقي المشتري البائع فأقبل على محادثته ثم أراد الرد، ليس له لأن أخذه في الكلام مع إمساكه عن الرد إسقاط لحقه منه.

فرع آخر

لو سلم عليه ثم رده جاز والسلام لا يمنع الرد لجريان العرف أدباً وشرعاً به، ولأن السلام قريب لا يطول به الزمان. وحكي عن محمد أنه قال: بطل به الرد لأنه اشتغل بغير الرد كما لو اشتغل بالكلام.

فرع آخر

إذا ابتاع شيئاً بألف فتطوع أجنبي عنه بوزن الألف ثم خرج المبيع مستحقاً رد الألف على الأجنبي، وإن كان المشتري رد المبيع بعيب رد الألف على المشتري دون الأجنبي في أصح الوجهين كما لو وزن أجنبي صداق زوجة ثم طلقها زوجها على من يرد الصداق فيه خلاف.

فرع آخر

لو قال للجارية المبيعة بعد العلم بعيبها: أغلقي الباب أو ناوليني الثوب لا يمنع الرد لأنه استعمال يسير والعرف جار بمثله في غير ملك.

فرع آخر

لو ركب الدابة ليردها فيه وجهان: [١٦١/أ] **أحدهما**: لا يرد لأنه تصرف لم تجر به العادة في غير ملك إلا بإذن المالك. **والثاني**: وهو اختيار ابن سريج له الرد لأن الركوب أعجل له الرد وأصلح للدابة من القود. وقد قال الشافعي: إذا ركبها بطل الرد وأطلق، والمراد إذا ركبها استعمالاً لا للرد. وبه قال أبو حنيفة.

فرع آخر

لو كان لابساً للثوب فوقف على عيبه في الطريق فتوجه ليرده مستديماً للبسه، جاز ولا يمنعه ذلك من الرد لقربه وإن العادة لم تجر في الطريق بنزعه ولو ابتدأ لبسه بعد العلم بطل الرد.

فرع آخر

لو زال العيب سقط الرد، وقيل: فيه قولان منصوصان.

مسألة(١): قالَ: «وإنْ حَدثَ بِهِ عيبٌ كانَ لهُ قيمةُ العيبِ الأولِ».

الفصل

إذا اشترى شيئاً فحدث عنده عيب به ثم بان أنه كان به عيب موجود عند البيع، يرجع بأرش العيب الأول ولا يرده قهراً لأنه انتقص عنده بالعيب الحادث. فإن قال البائع: أنا أرضى به مع العيبين [١٦١/ب] فلا يكون له سوى رده عليه ولا يكون له مطالبته بالأرش. فإن قال حينئذ: أنا رضيت به معيباً ولا أطالبه بالأرش، كان له ذلك وهو أحق به. وقال حماد وأبو ثور: المشتري يرد على البائع مع أرش العيب الذي حدث في يده، وقيل إن أبا ثور حكاه عن الشافعي في القديم. وقال مالك وأحمد: هو بالخيار بين ما قال أبو ثور، وبين ما قلنا.

وروي عن مالك أنه قال: إن كان البائع دلَّس على المشتري له الرد ويلزمه أرش العيب الحادث، وإن لم يكن دلس فكما قال أبو ثور، وهذا غلط لأنه لو كان العيب

---

(١) انظر الأم (٢/ ١٩٠).

الحادث من جناية المشتري، لا يرد كذلك هاهنا ولأنه عيب حدث في ضمان أحد المتبايعين لا لاستعلام العيب. فأثبت الخيار للآخر، كما لو حدث عند البائع يثبت الخيار للمشتري. وقال بعض أصحابنا بخراسان: لو قال البائع: ردها ورد معها أرش العيب الحادث لا رد الثمن هل له ذلك؟ حتى إن امتنع المشتري من هذا بطل خياره في الرد وجهان: **أحدهما**: خياره باق ولا يلزمه أن يرد الأرش [١٦٢/أ] مع المبيع، **والثاني**: يبطل خياره. وبنى الوجهين على أنه إذا اشترى جوزاً فكسره ثم عرف العيب. وقلنا يرده ولا يمنعه الكبير من الرد هل عليه أن يرد معه أرش الكبير؟ فإن قلنا يلزمه ذلك فهاهنا للبائع أن يطلب الأرش. وإن قلنا: ليس له ذلك فلا يطالبه بالأرش هاهنا، وهذا خلاف النص.

فرع آخر

لو أخذ المشتري الأرش ثم ارتفع العيب الحادث، هل له أن يرد المبيع مع الأرش الذي أخذ ويسترد كل الثمن؟ وجهان: **أحدهما**: ليس له ذلك لأنهما تراضيا على الأرش فسقط حق الرد. **والثاني**: لا يسقط حق الرد بل يرد لأنه أخذ الأرش ضرورة، إذا لم يكن له إلى الرد سبيل. ويقرب الوجهان من الوجهين، إذا أنعل دابة ثم وجد بها عيباً فردها مع النعل فذلك منه تمليك للبائع النعل وهو لنوع مصلحة، فإن قلنا: تمليك فأخذ الأرش هاهنا رضى بالحكم القطعي، وإن قلنا ليس بتمليك حتى إذا سقط النعل كان له. فإذا ارتفع العيب هاهنا يصير أحق بالرد هكذا ذكره أصحابنا بخراسان.

وقال أصحابنا بالعراق: نص الشافعي في «البويطي» أنه [١٦٢/ب] إذا ارتفع العيب الحادث عنده له الرد. قال أصحابنا معناه: إذا ارتفع قبل أن يحكم له الأرش فإن حكم له بالأرش وقبضه لم يكن له الرد، لأن الحكم قد استقر فلا ينتقض. وإن لم يكن أخذ الأرش فيه وجهان: **أحدهما**: لا يرد لأنه حكم له بالأرش. **والثاني**: يرد لأنه لم يستقر الحكم. وقيل: إن كان يرضى زواله فالمذهب أنه يلزمه رد الأرش، وإن كان لا يرجى زواله فاتفق زواله هل له استرداد الأرش؟ وجهان، كما لو ثبت السن بعد أخذ الأرش؟ هل يلزمه الأرش؟ قولان وهذا أولى مما تقدم.

فرع آخر

لو اشترى ثوباً فقطعه ثم وجد به عيباً لا يرد لحدوث العيب وله الأرش، إلا أن يقول البائع: رضيت به مقطوعاً بلا خلاف. ولو صبغه ثم وجد به عيباً له الإمساك وأخذ الأرش. فإن قال البائع: رضيت أن آخذه وأرد قيمة الصبغ كان له ذلك، ويقال للمشتري: إما أن ترضى به من غير أرش أو ترده وتأخذ قيمة الصبغ. وليس له إمساكه أو أخذ الأرش، وقال أبو حنيفة: ليس للبائع أن يقول ذلك وللمشتري مطالبته بالأرش وإمساكه. [١٦٣/أ] وهذا غلط لأنه يمكنه استدراك الظلامة بالرد بالعيب فلا يستحق الأرش كما لو لم يكن صبغه.

فرع آخر

لو قطعه ثم باعه فليس له مطالبته بالأرش لأنه لم ييأس من الرد لأن المشتري الثاني ربما يرده بالعيب ويرضى البائع الأول باسترداده مقطوعاً فلا أرش له، وكذلك لو صبغه ثم باعه لأنه ربما يستردها البائع الأول مصبوغاً ويرد إليه قيمة الصبغ. ووافقنا أبو حنيفة في الثوب المقطوع وخالفنا في المصبوغ، فقال: له المطالبة بالأرش وبناه على أصله في المسألة الأولى للمشتري الامتناع من رده إليه مع أخذ قيمة الصبغ.

مسألة: قال(١): ولو اختلفا في العيبِ ومثلُهُ يحدثُ فالقولُ قولُ البائعِ.

إذا اشترى عبداً فأصابه به عيباً واتفقا على أنه كان به حين العقد أو بعد العقد قبل القبض كان له رده، وإن اختلفا فقال البائع: حدث بعد القبض فلا رد لك، وقال المشتري: كان به حال القبض فلي الرد فالأصل في هذا أن العيب على ثلاثة أضرب: منها ما لا يحدث مثله، ومنها ما لا يمكن حدوثه [١٦٣/ب] إلا بعد القبض، ومنها ما يحتمل الأمرين، فإن لم يمكن حدوثه بحالٍ كالأصبع الزائدة فالقول قول المشتري بلا يمين، وإن كان مما لا يمكن حدوثه إلا بعد القبض كالشجة الطرية والدم يجري والقبض منذ سنة فالقول قول البائع بلا يمين، وإن كان مما احتمل الأمرين كالجنون والبرص ونحو ذلك فالقول قول البائع لأن معه سلامة العقد والظاهر صحة العقد وانبرامه. فإذا تقرر هذا قال الشافعي(٢): «يحلف بالله لقد باعه بريئاً من هذا العيب». قال المزني: هذا غلط ينبغي أن يحلف لقد أقبضه إياه وما به هذا العيب لأن العيب إذا حدث في يد البائع بعد عقد البيع كان مضموناً على البائع قلنا: قال صاحب «الإفصاح»: إن ادعى عليه أنه باعه وبه هذا العيب، وإن ادعى أنه سلمه إليه، وبه هذا العيب حلفه على حسب الدعوى.

وقال القاضي أبو حامد: وإن ادعى العيب ولم يذكر أنه كان قبل البيع أو بعده وقبل القبض احتاط الحاكم فيحلفه أنه أقبضه وما به هذا العيب، وإن أجاب البائع وقال لا يستحق هذا العيب لأنه قد يشتريه وهو عالم [١٦٣ب/٦] أنه يبرئه فيه أو يفرط في رده ولا يمكنه أن يظهر ذلك لأنه لو أظهر صار القول قول المشتري أني ما علمت وما رضيت فيتصور به البائع ولا يمكنه أن يحلف أنه لم يكن به هذا العيب عنده لأنه يكون كاذباً فيه فحلفناه على ما ذكرنا، وإن أجاب وقال: لقد بعته بريئاً من هذا العيب وكان دعواه بعته مني معيباً فإن حلّفه على هذا جاز، وهل للحاكم أن يعدل عما أجاب فيحلفه أنه لا يستحق رده عليه؟ فيه وجهان:

أحدهما: أنه لا يحلفه إلا على ما أجاب وهذا ظاهر المذهب، واختاره القفال، **والثاني**: يحلّفه على أنه لا يستحق رده عليه لأنه أحوط وللحاكم أن يحتاط فيما يحلف عليه وهذا اختيار القاضي الطبري. وإذا قلنا بالوجه الأول قال القفال: فهل للبائع أن يعدل عن هذا الجواب ويحلف أنه لا يستحق الرد عليَّ؟ فيه وجهان:

---

(١) انظر الأم (٢/ ١٩٠).

(٢) انظر الأم (٢/ ١٩١).

أحدهما: له أن يعدل لأنا كنا نرضى منه في الابتداء بهذا القدر من الإنكار، والثاني: ليس له ذلك بعدما أجاب على وفق الدعوى وعليه أن يحلف على ذاك ونظير هذه المسألة إذا ادعى عليه أنه غصبه هذه الدار فقال: لا يستحق عليَّ [١٦٤/ب] شيئاً يكون جواباً صحيحاً ويحلف على ما أجاب، ولو قال ما غصبتها فهل يحلّفه الحاكم على هذا أو على أنه لا يستحق عليه شيئاً؟ فيه وجهان على ما ذكرنا، وإن حلفه على ذلك أجزأه، وإن أراد أن يعدل هو فيحلف على نفي الاستحقاق وجهان. وهكذا لو قال: بعت عبدك هذا مني بألف وقبضت الثمن وعليك تسليمه إليّ، فإن قال: ما بعته ولا قبضت الثمن. فهذا إنكار على وفق الدعوى فيحلف هكذا ولا يحتاج أن يقول: لا يلزمني تسليمه إليك إذ المدَّعي يدَّعي وجوب التسليم من هذا الوجه وقد نفى هذا الوجه فإن كان التسليم واجباً من وجه آخر فليدع ذلك وإن أعرض عن دعواه، وقال: لا يلزمني تسليمه إليك فهذا إنكار لا على وفق الدعوى ولكن يرضى منه بهذا القدر لأنه قد يتبع ثم يتقابلان أو يشتريه ثانياً فيحلف على وفق إنكاره، وكان إنكاره القسم الأول وهو أن قال: ما بعت ثم أراد أن لا يحلف لنفي البيع بل يحلف لنفي وجوب التسليم فيه وجهان.

وفي الجملة لا يلقن المدعي الدعوى فإذا تقرر هذا كيف يحلف البائع على العلم أو على [١٦٥/أ] البت؟ فهاهنا أصل وهو أن الرجل إذا حلف على فعل نفسه حلف على البتِّ والقطع نفياً كان أو إثباتاً وإن حلف على فعل غيره فإن كان على الإثبات حلف على البت مثل إن ادّعى ديناً لوالده على رجل أو أقام شاهداً واحداً فحلف معه على البت، وإن كان على النفي حلف على العلم، مثل إذ ادعى أنه غصبني هذا العبد في حياته فيحلف وارثه على العلم لا أعلم ذلك وهاهنا البائع يحلف على فعل نفسه فيلزمه البت فيحلف بأني بعتك وما به هذا العيب، وقال ابن أبي ليلى: يحلف على نفي العلم لأنه ربما يكون به هذا العيب وهو لا يدري وهذا غلط، لأن فيه ظلماً على المشتري لأن له حق الرد وفي كل عيب قديم علم به البائع أو لم يعلم، وقد يمكنه قطع اليمين على ظاهر ما كان يعلم من سلامته ويسوغ له قطعها فيما بينه وبين اللّه تعالى.

فرع

لو أنكر البائع أصل العيب، وقال: هو سليم فعلى المشتري إقامة البينة على العيب فإن قامت البينة على هذا وادعى أنه كان قديماً عند البائع وأقام البينة على هذا أيضاً، ثم ادعى البائع أني بعته على البراءة من عيبه ورضاه به [١٦٥/ب] وأخر الرد وأنكر المشتري فالقول قول المشتري مع يمينه، ذكره القاضي أبو حامد في «الجامع» فيحلف على البتِّ أنه لم يعلم ولم يرض به أو لم يؤخر الرد مع الإمكان لأنه ادعى عذراً محتملاً.

فرع آخر

لو حلف البائع في المسألة المتقدمة أن العيب لم يحصل في يده ثم اختلفا في الثمن وتحالفا وترادا فقال البائع: حلفتموني أن العيب حدث في يد المشتري فأثبتوا لي أرش هذا العيب عليه يقول له: لا بل كان يدعي المشتري تمليك يمكنك الفسخ فجعلنا القول قولك وأنت اليوم تدعي عليه أرش هذا العيب فيحصل القول قوله إنه لم يحدث في يده اعتباراً بأن الأصل براءة الذمة في الموضعين، ويجوز أن يصير المدعي مدّعى عليه في

حادثة واحدة في باقي الحال، كما لو باع الوكيل شيئاً وقبض الثمن وزعم أنه دفعه إلى الموكل فأنكر الموكل فجعلنا القول قول الوكيل إذ هو أمين فحلف إن استحق المبيع فرجع المشتري بالثمن على الوكيل إذ كان دفع إليه فقال الوكيل: قد حلفت أني دفعت إلى الموكل فأنا أرجع به [١٦٦/أ] ويدعي عود هذا الحق فلا يقبل قوله في العود إلا بحجة واضحة وله الرجوع بنقصان العيب من الثمن؛ لأن حق الرجوع بالنقصان كان ثابتاً للمشتري والبائع يدعي ذهابه فلم يقبل قوله إلا بحجة واضحة، وقيل: قال الشافعي: يحلفان فيحلف البائع بالله أن البياض القديم زال والمشتري يحلف بأن صاحبه ثم إذا حلفا فالمشتري يأخذ الأرش ولا يرد فتظهر فائدة يمين البائع في منع الرد وفائدة يمين المشتري في أخذ الأرش لأنه لا طريق إلى إلغاء اليمينين.

فرع آخر

رجل باع من آخر عشر جرار من الرُّبِّ يعينها ثم سلمها إليه في زق للمشتري فوجدت في الزق فأرة ميتة ثم اختلفا فقال البائع: كانت الفأرة في الزق، وقال المشتري: كانت في الرُّبِّ في إحدى الجرار يحتمل أن يقال القول قول البائع مع يمينه لأنا شاهدنا الفأرة في الرُّبِّ الآن فمن ادعى كونها فيه قبل ذلك احتاج إلى دليل فإن قيل يقابل بأنا شاهدنا الفأرة في الزق، فمن ادعى كونها فيه قبل ذلك احتاج إلى دليل قلنا: تقابلا ولكن الظاهر صحة البيع وسلامته من النقص [١٦٦/ب] والفساد، ولو اختلفا في العيب ومثله يحدث فالقول قول البائع مع يمينه ويحتمل وجهاً آخر بناء على القولين في اختلاف المتراهنين في مسألة العصير إذا وجده خمراً فإن اتفقا على أنها لم تكن في الزق فالرب كله نجس، وهل يكون من ضمان البائع أو المشتري؟ يحتمل أن يقال: ينفسخ البيع في قدر جرة من الرب بقسطه من الثمن خاصاً على قول من يفرق الصفقة ويلزم البائع ضمان الباقي أيضاً، ولكن لا يضمنه بالثمن، وذلك أنا نحمل الأمر على أن الجرة التي فيها الفأرة صبت في الزق آخر فينجس الجميع، ويلزمه ضمان قدر هذه الجرة بالثمن لفساد البيع فيه، ويلزمه ضمان الباقي لأن تنجيسه بأمرٍ حصل منه ويحمل الأمر على أن صبها كان في الابتداء أو في الانتهاء، وأي هذه الأمور كان فالجواب يرجع إلى ما قلنا. فإن قيل: إذا كان في الزق فأرة ميتة فتسليم البائع الرُّبَّ فيه هل يقع صحيحاً؟ فإن قلت: نعم لا يستقيم لأن الربّ في حال ما يحصل في الزق يصير تالفاً نجساً فلا يحصل التسليم على التمام. وقيل: التسليم حاصل لأن الربَّ يحصل [١٦٧/أ] عليه فالقول قول الموكل فأنا أرجع به عليه فالقول قول الموكل أنه لم يقبض منه شيئاً؛ إذ الوكيل أمين في أن لا يغرم وليس بأمين في أن يغرم الموكل شيئاً. ذكره القفال.

فرع آخر

لو وكّل وكيلاً في بيع عبده فباعه فأصاب المشتري به عيباً فرده على الوكيل نُظر فإن رده بعيب لا يحدث مثله كالإصبع الزائدة فالوكيل يرده على موكله، وإن كان لا يمكن حدوثه إلا بعد القبض فقبله الوكيل لم يكن له رده على موكله، وإن كان عيباً يحتمل الأمرين نُظر فإن أقام المشتري البينة أنه كان به حال العقد رد عليه وكان له رده على موكله، وإن لم يكن له بينة فالقول قول الوكيل، فإن حلف سقط الرد، وإن لم يحلف رددنا العين على المشتري، فإذا حلف وردّه على الوكيل فالوكيل لا يرده على الموكل

لأنه عاد إليه باختياره فهو كما لو صدقه فيما يدعيه. وقال أبو حنيفة: إذا نَكَل الوكيل قضى عليه بالنكول ويرد عليه العبد ويرده الوكيل على الموكل، وقال القاضي الطبري: إذا قلنا: رد اليمين بمنزلة البينة في أحد الوجهين يجب أن يكون له [١٦٧/ب] رده على الموكل وهذا وجه مشهور، وفي هذا نَظَر عندي وذلك أنه يجعل كالبينة في حق من رد عليه وهاهنا حق الموكل وهو لم يرد عليه.

فرع آخر

لو اختلف رجلان في شيء هو في يد أحدهما فقال من هو في يده: ابتعته منك وأديت ثمنه إليك وقبضته منك، وقال من ليس في يده: ابتعته منك وأديت قيمته إليك ولم أقبضه منك وأنا مطالب لك بتسليمه إليَّ وأقام كل واحدٍ منهما بينة، قال ابن سريج فيما فرّع على «الجامع الصغير»: البينة بينة صاحب اليد وبه قال أبو حنيفة. وقال محمد: البينة بينة الخارج، وهذا غلط لأنهما تساويا في البينة والاحتمال ولتفرّد أحدهما بزيادة يد فقضينا له بها.

فرع آخر

لو اشترى عبداً في عينه نكتة بياض فلم يعلم به المشتري حتى حدث نكتة بياضٍ في موضع آخر من عينه ثم زالت إحداهما فقال البائع: زال القديم فلا يستحق الرد، وقال المشتري: زال الحادث فلي الرد لم يكن له الرد لأن المشتري اعترف بزوال حقّ الرد بحدوث العيب [١٦٨/أ]. في ابتداء الرق وهو طاهر ثم يصير نجساً بعده بملاقاة النجاسة، ففي حال طهارته حصل في يد المشتري فلا اعتبار بحدوث النجاسة بعده، ولأن نجاسته يسبب من جهة المشتري فإنه الذي أمر البائع بالصب فيه أو فتح رأسه ليصب البائع فيه ذلك والتلف إذا حصل بسبب من جهة المشتري لا يمنع حصول التسليم والتسلم حكماً، كما لو قتل المشتري العبد المشترى قبل قبضه أو حفر بئراً في غير ملكه فوقع فيه هذا العبد صار قابضاً مع حصول التلف من جهة أن تلفه بأمر من جهته كذلك هاهنا.

مسألة: قال(١): «وسمعته يقول: كُلَّ ما اشتريته مما يكونُ مأكولُهُ في جوفِه فَكَسَرَهُ فَوَجَدَه فاسداً».

لا يخلو من أحد أمرين إما أن يكون مما لا يوقف على عينه إلا بكسره كالبيض والبطيخ المدوّد والقثاء المدوّد والجوز واللوز ففيه ثلاثة أقاويل:

أحدها: يرده ويسترجع الثمن وهو الصحيح لأنه نقص يتوصل به إلى استعلام العيب فلا يمنع الرد كحلب [١٦٨/ب] لبن المصراة ولا يجب الأرش لأنه قطع قطعاً مستحقاً فصار كما لو كان عبداً فختنه ثم علم بالعيب ويفارق لبن المصراة حيث يلزمه ضمان ذلك لأنه انتفع باللبن الموجود في الضرع حال البيع الذي له قسط من الثمن.

والثاني: يرده ويرد معه أرش ما نقص بالكسر كما في المصراة وهذا ضعيف وبيان الأرش هاهنا ما بين قيمته صحيحاً فاسداً وقيمته فاسداً مكسوراً وهو كالعين المأخوذة سوماً يلزمه أرش النقص الداخل فيه.

---

(١) انظر الأم (٢/ ١٩٢).

والثالث: وبه قال أبو حنيفة والمزني: لا يرده أصلاً ولكن يرجع عليه بأرش قيمته صحيحاً فاسداً وبين قيمته صحيحاً غير فاسد إلا أن لا يكون لفاسده قيمة أصلاً مثل بيض الدجاجة فيرجع بجميع الثمن لأنه باع ما لا يجوز بيعه، وبان بطلان البيع لأنه باع ما لا قيمة له كالخنافس والديدان، وقال بعض أصحابنا بخراسان: رجع بجميع الثمن لا يحكم فسخ البيع بل يحكم أن أرشه جميع الثمن، والفاسد يكون للمشتري فعليه نقله إلى المزبلة إن احتيج إلى تفريغ المكان وهذا غلط والصحيح [١٦٩/أ] ما ذكرنا. وقال مالك وأحمد في رواية: ليس له الرد ولا الأرش واحتج بأن البائع لا يعلم بعيبه فلا تدليس من جهته فلا يرد من جهته وهذا غلط، لأن عقد البيع يقتضي السلامة كما في الثوب. واحتج المزني على ما اختاره بأن قال: هذا عندي أشبه بأصله لأنه لا يرد الرابح مكسوراً كما لا يرد الثوب مقطوعاً فيقال له: أما رد الرابح فعلى القولين غير أن الشافعي ربما يجيب على أحد القولين وربما ينص عليهما، ولو كان في الرابح بقية يمكن الوقوف على عيبه منها من غير كسر، فإذا كسر لا يرد لأنه لا ضرورة به إليه. وقيل قال المزني(١): هذا أشبه بأصله أن لا يرد الرابح بغير الكاتب فكتب لأنه لا يرد. أما الثوب مقطوعاً لا يشبه الجوز مكسوراً لأن كسر الجوز سبيل إلى التوصل إلى معرفة علامته بخلاف قطع الثوب.

ومن أصحابنا من رتب ترتيباً آخر فقال: هل له الرد؟ قولان فإذا قلنا: له الرد هل عليه أرش الكسر؟ قولان. وإن كان مما يمكن الوقوف على عيبه بغير كسره كالرمان تعرف حموضته بأن تغرز فيه [١٦٩/ ب] إبرة والبطيخ تعرف حموضته بمثل ذلك أو قريب منه بكسره فهذا يمنع الرد قولاً واحداً لأنه يمكن معرفة العيب بأقل منه، ولهذا لما لم يمكن معرفة الدود في البطيخ إلا بالكسر فقطع القطعة منه لا يمنع الرد وعلى هذا يرجع بأرش العيب. ومن أصحابنا من قال فيه الأقاويل أيضاً. لأن ذلك القدر يتعذر ضبطه وهذا ضعيف.

فرع

لو اشترى ثوباً مطوياً على طاقين فرأى جميع الثوب من جانبيه يجوز فإن نشره ثم وجد به عيباً ينظر فإن كان مما ينقص بالنشر فلا يخلو إما إن كان يمكنه أن يحمل إلى أهل الخبرة به لينشره نشراً لا ينقصه فنشره بنفسه فنقصه فليس له رده، وإن كان لا يمكن أحداً نشره إلا بإلحاق نقص به فإن هذا القدر من النقص هل يمنع الرد؟ على ما ذكرنا من الأقاويل، وإن كان يمكنه الوقوف على العيب بدون النشر الذي ينقص قيمته نشراً ينقص فالصحيح أنه يمنع الرد وفيه قول آخر: وليس بشيء، وإن كان مما لا ينقص بالنشر أصلاً كالكتان ونحوه فلا [١٧٠/أ] تمنع الرد أصلاً.

فرع آخر

لو كانت شاةٌ فوجد بها عيباً فساقها ليردها فحلبها في الطريق وهي سائرة ولم يقفها للحلب قال أصحابنا: لا يبطل الرد، وإن أوقفها للحلب بطل الرد لأن المنفعة للمشتري فإذا استوفاها من غير ترك الرد وحبس الأصل لا يمتنع الرد.

---

(١) انظر الأم (٢/ ١٩٣).

فرع آخر

قال والدي رحمه اللّه: على قياس هذا لو كانت ثيباً فوطئها وهو حامل لها ينبغي أن لا يبطل حق الرد لهذا المعنى وعلى هذا إن ولدت في الطريق فالولد له.

فرع آخر

لو اشترى دابة فأنعلها وضرب عليها إكافاً وجعل عليها لقودها رسناً ثم وجد بها عيباً كان له أن يحط الإكاف ولا يجوز له قلع النعل فإن لم يحط عنها الإكاف بطل خياره، وإن قلع نعلها بطل خياره، والفرق بينهما: أن الأنعال من الاستصلاح والحفظ لقوائمها ووقايتها عما يصيبها بتركه وقلعه يضر بها فيبطل خياره، وأما وضع الإكاف والسرج عليها لاستعمالها في الغالب فتركها يكون استدامة جهة الاستعمال فيبطل خياره [١٧٠/ب] بذلك، وأما الرسن فتركه عليها لحفظها ونزعه عنها لا يضرها فلا يبطل واحد منهما خياره. ذكره صاحب «التلخيص» تخريجاً.

مسألة: قال(١): «ولو باعَ عبدَهُ وقدْ جَنَى».

الفصل

إذا جنى عبده ثم باعه فيه قولان **أحدهما**: البيع باطل وهو المختار لأن الشافعي قال: وبهذا أقول، لأن الرقبة كالمرهونة له بالجناية ولا يجوز بيع المرهون قبل الانفكاك، **والثاني**: البيع جائز وبه قال أبو حنيفة وأحمد، وهو اختيار المزني لأن نفس الجناية لا ترسل الملك والسيد بالبيع كالمختار للفداء وهذا لا يصح لأن السيد لا يقدر على إسقاط حقه إلا أن يوفيه بالفداء، وكذلك الراهن يسقط حق المرتهن بأداء الحق فلا فرق بينهما وفيه قول ثالث: مخرّج أنه موقوف فإن فدى السيد جاز البيع وإلا فلا.

واختلف أصحابنا في موضع القولين على ثلاثة طرق: منهم من قال: القولان فيه إذا كانت الجناية خطأ وقد تعلق برقبته الأرش، أو كان عمداً ولكن صُولح على مال، فأما إذا كانت الجناية عمداً فالبيع صحيح قولاً واحداً وهو ظاهر المذهب [١٧١/أ] وقال القفال: هذا إذا قلنا: موجب العمد القود فحسب فأما إذا قلنا: موجب العمد أحد أمرين إما الدية وإما القصاص فحكمه حكم الخطأ ومنهم من قال: على العكس القولان في العمد وأما في الخطأ فقول واحد البيع باطل كبيع المرهون وهذا لأن جناية العمد توجب استحقاق نفسه فيصير كبيع المستحق فلا يصح في أحد القولين والخطأ يوجب الأرش في رقبته كالمرهون سواء وحق الجناية آكد لأنه تقدم على حق المرتهن، ومنهم من قال فيه قولان.

وجملته: أن عند الرجل إذا تعلق به حق مال فإن كان المالك علقه به كالرهن فالبيع باطل قولاً واحداً وإن تعلق به بغير اختياره كالزكاة وأرش الجناية فيه قولان. فإذا قلنا: البيع باطل رد المشتري العبد وانقطعت العلقة بينه وبين البائع ونفى الكلام بين السيد وبين المجني عليه، وإن كانت الجناية عمداً توجب القود قبله فلا كلام وإن كانت خطأ أو عمداً يوجب المال

---

(١) انظر الأم (٢/ ١٩٣).

فالسيد بالخيار بين الفداء وبين التسليم للبيع للسيد وليس له أن يسلم عين العبد إلى [١٧١/ ب] المجنى عليه خلافاً لأبي حنيفة وإن اختار أن يفديه فيه قولان: أحدهما: . . . الأمرين من خمسة أو أرش جنايته، والثاني: أرش الجناية. . . البيع وتسليمه المبيع، وموضع هذا كتاب الجنايات، وإذا قلنا: البيع صحيح هل كانت الجناية خطأً أو عمداً يوجب الثاني، أو عمداً يوجب فهل يلزم السيد الأرش المنصوص؟ يلزمه الأرش نص على ذلك بالبيع، ولا سبيل له في فسخ البيع بعد ذلك، لأنه تعين به حق المشتري، ولما باعه مع العلم يتعلق الحق برقبته صار ذلك في ذمته بالتزام الأرش، وبه قال أبو حنيفة، إلا أن يكون السيد معسراً فيفسخ البيع حينئذٍ ويباع في الجناية، وحق المشتري من الثمن في ذمة السيد، وهذا لأن حق الجناية يتعلق لحق المشتري. . . ومن أصحابنا من قال: لا يتعين ذلك على السيد وهو بالخيار من التزام الأرش وبين فسخ البيع وتسليم العبد ليباع في الجناية، لأنه ليس في بيعه أكثر من التصريح بالفداء، ولو قال: أنا آخذ به لا يتعين الفداء بل يحمل على الوعد فهاهنا أولى وهذا لا يصح لأن اختيار الفداء هاهنا حصل بإزالة الملك ونفد فصار التزاماً في ذمته كما لو قبله بخلاف ما لو قال: التزمت الفداء بالقول، فإذا قلنا بما قال أصحابنا: بكم يفدى لو اختار الفداء؟ فيه قولان على ما ذكرنا، وإذا قلنا بالمنصوص قال أبو حامد وجماعة: يفديه بأقل الأمرين قولاً واحداً لأنه لا يقدر على تسليمه للبيع للزوم البيع فصار كما لو قتله يفدية بأقل الأمرين قولاً واحداً ويفارق المسألة قبلها لأنه يقدر على تسليمه للبيع.

وقال القاضي الطبري: فيه قولان أيضاً لأنه باختياره منع من تسليم نفسه للبيع. قلت: وإذا قبله يوجد هذا المعنى فيحتمل فيه قولاً آخر أيضاً، وإن كانت الجناية موجبة للقصاص فللولي الخيار بين القصاص والعفو على مال تعلق المال برقبته، والحكم فيه كما لو عفا قبل البيع لأنه مستحق بسبب سبق البيع، وإن اختار القصاص فاقتص نظر فإن كان قبل القبض بطل البيع، وإن كان بعد القبض اختلف أصحابنا فيه قال ابن أبي هريرة: كونه قاتلاً بمنزلة كونه معيباً فإن كان [١٧٢/ ب] المشتري عالماً بأنه قاتل ولا يرجع على البائع بشيء، وإن كان جاهلاً رجع عليه بالأرش فيقوم العبد قاتلاً وغير قاتل فيلزم البائع ما بين القيمتين بقسطه من الثمن لأنه قتل في يده فتعذر رده وهذا اختيار ابن سريج وابن أبي هريرة، وبه قال أبو يوسف ومحمد وأحمد، وهذا لأنه ليس في كونه قاتلاً أكثر من أن يخاف عليه التلف فصار كما لو اشترى مريضاً لا يعلم مرضه حتى مات في يده. قال أبو إسحاق: يرجع بجميع الثمن وهو المذهب المنصوص، وبه قال أبو حنيفة لأنه لما قتل في المشتري سبق العقد وهو كالجناية كان بمنزلة أن يخرج مستحقاً ولا يعتبر بأن قتله يجعل كالاستحقاق لأنه لو جعل كالاستحقاق لم يصح البيع أصلاً وعلى هذا يجب دفنه وتكفينه على البائع.

وعلى هذا إذا غصب عبداً فجنى في يده ثم رده على صاحبه ثم قتل في يد صاحبه بالجناية رجع على الغاصب بكل القيمة ويفارق المريض لأن المريض يتلف بزيادة مرض يحتمل في يد المشتري وهاهنا يتلف بما سبق فإن قيل: على [١٧٢ب/ ٦] هذا يبطل بالمرتد إذا قتل في يد المشتري فإنه يقتل بإقامته على الردَّة، وقد تحددت الردة في يد المشتري ويرجع بكل الثمن على هذا القول قلنا: الردة السابقة في يد البائع أباحت القتل وإقامته عليها ليست بردة أخرى

ورجوعه عن الردة مبطل لها كالعفو عن القصاص فالمرتد والقاتل سواء، وعلى هذا القول المنصوص. قال بعض أصحابنا: يلزم أن يقال له الرجوع بكل الثمن، وإن كان عالماً بحاله لأن من اشترى مغصوباً عالماً بالحال فاستحق من يده له الرجوع ولا خلاف أنه يلزمه إذا اشتراه عالماً بحاله ولا يرجع بشيء. ونص عليه في الرهن، فقال: إذا علم به سقط حقه لأنه بمنزلة العيب ولهذا جوز البيع فعلى هذا هو كالمستحق مع الجهل بحاله والعيب مع العلم بحاله، وهذا اختيار القفال وجماعة.

ومن أصحابنا من قال: إذا كان عالماً به يرجع بكل الثمن عند الشافعي لأنه كالمستحق وعلى قول ابن سريج لا يرجع بشيء وهذا لا يصح بما تقدم فإذا تقرر هذا قال المزني(١): يجوز بيعه [١٧٣/ ب] كما يجوز عتقه واستشهد بالمرهون عكساً فإنه لما لم ينفذ فيه بيع الراهن لا ينفذ عتقه فيه، وقال: سوى الشافعي بين المرهون وعتقه قلنا: قال بعض أصحابنا: العتق مبني على البيع فإن قلنا: البيع يجوز ففي العتق ثلاثة أقوال كما نقول في المرهون:

أحدها: ينفذ موسراً كان أو معسراً، **والثاني**: لا ينفذ ومن أصحابنا من قال: إن كان موسراً ولزمه أرش الجناية ويضمن أقل الأمرين لأنه استهلكه بالعتق، وإن كان معسراً هل ينفذ؟ فيه قولان **أحدهما**: ينفذ بخلاف البيع ولأنه ينفذ في المبيع المحبوس وله عليه وشرائه بخلاف البيع وقول المزني: إن الشافعي سوى بينهما غلط، لأن الشافعي أبطل بيع المرهون قولاً واحداً، وفي عتقه ثلاثة أقوال. قال القفال: وكذلك في المرهون إن كان موسراً أنفذ العتق قولاً واحداً، وفي المعسر قولان. قال ابن سريج: وكذلك أقول في المبيع قبل القبض وقبل أداء الثمن، وقال هذا القائل: إن كانت الجناية عمداً ينفذ العتق قولاً واحداً لأن المستحق به القود واستحقاق القود [١٧٤/أ] لا ينافي العتق لأنه يقبل، وإن كان قد أعتق وهذا إذا قلنا: موجب العمد القود فحسب والفرق بين الرهن والجناية على قول بعض أصحابنا: إن حق الرهن تعلق على كره منه فافترقا في جواز العتق.

فرع

العبد القاتل في قطع الطريق إن قدر عليه بعد التوبة وبيع فالقتل الذي عليه قصاص محض، وقد ذكرنا حكمه، وإن قدر عليه قبل التوبة فقد تحتم قتله.

قال بعض أصحابنا: وهو اختيار أبي حامد قولاً واحداً لا يجوز بيعه لأنه لا قيمة لمن تحتم قتله، وعلى البائع رد الثمن قبل القبض وبعده، ومن أصحابنا من قال فيه قولان أيضاً، كما لو كان قصاصاً مجرداً وفيه منفعة وهي أن يعتقه وهذا اختيار القاضي الطبري، وقال بعض أصحابنا بخراسان: يجوز بيعه قولاً واحداً كالمرتد يتحتم قتله ويجوز بيعه قولاً واحداً. وقيل: في المرتد ثلاثة طرق: **أحدها**: أنه كالمعيب عند الجهل والعلم، **والثاني**: أنه كالمستحق عند الجهل مع العلم، **والثالث**: هو كالمستحق عند الجهل وكالعيب عند العلم [١٧٤/ ب] قال أبو حامد: نص على هذا في «الأم» قلت: وهذه الطرق تجيء في العالم أيضاً.

---

(١) انظر الأم (٢/ ١٩٤).

فرع آخر

لو باع السارق الذي وجب قطع يده يصح بيعه، فإذا قطع يده في يد المشتري فعلى قول الشافعي كان له الخيار بين الإمساك والرد لأنه لو قتل في يده باستحقاق كان له فسخ العقد، فمع قطع اليد أولى وعلى قول ابن سريج: لا يرد لحدوث العيب في يده فيرجع بأرش العيب، ويقوم صحيحاً غير سارق وصحيحاً سارقاً، ويرجع نقصان ذلك من الثمن، وقال بعض أصحابنا بخراسان: إذا قلنا بالأول: لا يرد بل يرجع بما قيمته سارقاً مقطوعاً وقيمته غير معيب بالسرقة من الثمن، وهذا ضعيف. وهكذا الحكم من اشترى عبداً به جراحة فلم يعلم بها حتى سرى الجرح ومات، وإن كان عالماً بالحال فلا خيار له بلا خلاف.

مسألة: قال[1]: «ومنْ اشترى عبداً ولهُ مالٌ فمالُهُ للبائِعِ».

الفصل

جملة هذا أن العبد لا يملك شيئاً إذا لم يملكه السيد قولاً واحداً، وإن ملكه السيد هل يملك فيه [١٧٥/أ] عليه ومانع لانتزاع السيد ذلك من يده وصار كأنه باع عبداً ذا مال كما يبيع عبداً ذا زوجةٍ بدليل أنه قال: فماله للبائع إلا أن يشترط المبتاع فجعله للمبتاع بالشرط لا بالشراء، ولو كان يصير له بالشراء لقال فماله للبائع إلا أن يشتريه المبتاع فعلى هذه العلة لا يكون مال العبد مبيعاً فيصح البيع، وإن كان المال ديناً أو غائباً أو مجهولاً أو مفضياً إلى الربا، حتى لو كان مال العبد ألفي درهم فاشتراه بألف درهم صح وللمشتري أن ينتزع له ألفين من يده ويدفع أحد الألفين إليه في ثمنه ويبقى له العبد والألف بغير شيء دفعه من ماله. وقال الاصطخري وابن خيران: التعليل كون المال يبقى له فيجوز مع الجهالة في حقوق الدار ولا يمنع جواز البيع قالا: وعلى هذا لا يجوز إذا أدى إلى الربا، وإن كان تبعاً لأن الربا لا يجوز تبعاً وينبغي أن ينزه العبد عن الربا تبعاً ومتبوعاً فعلى هذا لو كان ماله ألفي درهم لا يجوز أن يشتريه بألف ولا بألفين لأجل الربا، والصحيح العلة الأولى لأن الشافعي قال في القديم: وعاب علينا بعض الناس أنكم جوزتم [١٧٥/ب] بيع العبد معه ألفان بألف فيبقى له العبد والألف فالتزم الشافعي جواز ذلك، وهذا سؤال أبي حنيفة أنه لا يجوز إذا كان معه نقداً لا أن يكون الذي مع العبد أقل من الثمن، ولو باع هذا العبد مطلقاً، ولم يذكر المال لا يدخل المال في البيع بلا إشكال. وقال الحسن: يكون ماله للمشتري وإن أطلق وهذا غلط لما ذكرنا من الخبر.

فرع

لو أعتقه فالمال الذي معه للسيد، وقال مالك: ماله للعبد إذا كان ملكه وهذا غلط، لقوله ﷺ: «من أعتق عبداً وله مالٌ فماله للمعتق»[2]، وروي عن ابن مسعود رضي الله عنه أنه أراد أن يعتق عبداً له فقال: يا أبا عمير ما مالك؟ فأنا أريد أن أعتقك وإني سمعت رسول الله ﷺ يقول: «من أعتق عبداً فماله للذي أعتق»، وروي أنه أعتقه ثم

---

(١) انظر الأم (٢/ ١٩٤).

(٢) أخرجه أبو داود (٣٩٦٢)، وابن ماجه (٢٥٢٩)، والبيهقي في «الكبرى» (١٠٧٦٤).

قال له: إن مالك لي ثم تركه.

فرع آخر

إذا قلنا: يملك بالتمليك هل يحتاج إلى قبول العبد؟ وجهان على أن السيد هل يجبر عبده على النكاح؟ قولان. [١٧٦/أ]

فرع آخر

قد ذكرنا أن له الرجوع، وإن قلنا: يملك بالتمليك فلو وطئ السيد وكانت جارية هل يكون رجوعاً؟ وجهان، ولو باع ذلك المال أو زوجها إن كانت جارية كان رجوعاً على الصحيح من المذهب.

فرع آخر

لو باعه من ماله وقلنا: يملك وجوّزنا البيع ثم وجد به عيباً رده مع ماله لأنه قبض عبداً ذا مال فيرده كما قبضه، وقال داود: يمسك المال ويرد العبد وحده لأن ماله لم يدخل في البيع وصار هو أحق به، وهذا غلط لما ذكرنا. وعلى هذا لو أخذ ماله وأتلفه ثم وجد به عيباً يرجع بالأرش ولا يرده فيقوم عبداً ذا مال لا عيب فيه وعبداً ذا مال به هذا العيب ويرجع بما بين القيمتين من الثمن.

فرع آخر

لو اشترى عبداً فوجده مأذوناً في التجارة ركبته الديون لا خيار له لأنها متعلقة بذمته، وقال مالك فيما حكى أصحابنا عنه: له الخيار. وحكي عن أبي حنيفة: البيع باطل لأنها متعلقة برقبته.

مسألة: قال[(١)]: «وَحَرامٌ التدليسُ ولا ينتقضُ بهِ [١٧٦/ب] البيعُ».

أراد بالتدليس أن يخفي عيب المبيع عن مشتريه أو يغير خلقته من تسويد شعره ونحو ذلك، وهو مشتق من الدلسة وهي الظلمة، فكأنه لما لم يبين وتركه على الخفاء كان مدلساً وهذا حرام لما ذكرنا فيما قبل ولا يبطل به البيع لأن البيع في العاقد دون المعقود عليه وإذا بان العيب يثبت له الخيار، وقال داود: يبطل البيع وهذا غلط، لأن النبي ﷺ أجاز بيع المصرّاة مع التدليس ولو كذب في رأس المال فقد دلس، ولكن لا يثبت به الخيار في غير المرابحة، وكذلك إذا قال: طلب مني بكذا كاذباً يكون مدلساً ولا خيار به لأنه لا نقض في المعقود عليه. وقد روى ابن سباع قال: اشتريت ناقة من دار واثلة بن الأسقع فلما خرجت بها أدركنا فقال: هل بين لك ما فيها؟ قلت: وما فيها إنها لسمينة ظاهرة الصحة فقال: أردت بها سفراً أم أردت لحماً؟ قلت: أردت عليها الحج، قال: بخفها نقب فقال صاحبها: [١٧٧/أ] أصلحك الله ما تريد إلى هذا تفسد عليّ فقال إني سمعت رسول الله ﷺ: «لا يحل لأحد أن يبيع شيئاً إلا يبيّن ولا يحل لمن يعلم ذلك إلا بيّنه».

مسألة: قال[(٢)]: وأكرهْ بيعَ العصيرِ ممنْ يعصرُ الخمرَ.

---

(١) انظر الأم (٢/١٩٦).

(٢) انظر الأم (٢/١٩٧).

الفصل

إذا باع العنب ممن يعصر الخمر فإن باعه عالماً بأنه يعصر خمراً، وأن المشتري يشتريه لذلك فقد فعل محرماً، لأنه قصد المعاونة على المعصية والبيع صحيح لأن التحريم لمعنى في غير المقصود عليه، ومن أصحابنا من قال: هذا اختيار أبي حامد، وقول جمهور أصحابنا: أنه يكره ولا يحرم وإن باعه مطلقاً ولم يقصد به شيئاً، ولكن ظاهر ظنه أنه يتخذه خمراً فقد فعل مكروهاً خشية الحرام، ولا يكون حراماً لأنه قد تخلله أو يبيعه بريبة ولا يبطل البيع بحال، وحكى ابن المنذر عن الحسن أنه قال: لا بأس ببيع التمر ممن يتخذه سمراً. وقال الثوري: بع الحلال ممن شئت، وقال مالك: البيع باطل وبه قال أحمد، وقال أحمد كذلك: لا يجوز بيع الجارية [١٧٧/ ب] ممن يتخذها للغناء، وهكذا الخلاف في بيع السيف ممن يعصي اللّه تعالى به ومذهبنا على التفصيل ذكرنا.

فرع

بيع السلاح من أهل الحرب في دار الإسلام هل يجوز؟ وجهان أحدهما: لا يجوز لتحريم إمضائه، والثاني: يجوز ويفسخ وهما مخرجان من القولين في شراء الكافر عبداً مسلماً، وقال بعض أصحابنا: لا يجوز وجهاً واحداً لأنه فيه تقوية الكفار على المسلمين وهو اختيار القاضي الطبري وقد قيل: لا يجوز من الحربي ومن الذمي في دار الإسلام وجهان، لأنه ربما ينقض العهد أو ينفذه إلى دار الحرب.

فرع آخر

إذا وجد شاةً مذبوحة في بلد يجمع مجوساً ومسلمين لم يحل أكلها إلا أن يغلب على الظن الإباحة بأن يكون عدد المسلمين أكثر.

مسألة: قَالَ[١]: وأكرهُ مبايعةَ منْ أكثرَ مالِه حرامٌ.

إذا باع السلطان الجائر الذي يأخذ الجزية والخراج ويأخذ المال ظلماً بالمصادرات أو الذمي الذي يبيع الخمر والخنزير [١٧٨/أ] ويأخذ الثمن فإن تيقن أنه حرام لا يجوز أن يبايعه، فإن اشترى منه شيئاً أو باع فما أخذه يلزمه رده على صاحبه أو كان باقياً أو ضمانه إن تلف ولا ينعقد البيع أصلاً، وإن علم أنه حلال تجوز المبايعة بلا خلاف، وإن لم يعلم الحال يلزم مبايعته ولكن لا يبطل لأن الظاهر فيما في يده أنه ملكه، وهذا لقوله ﷺ: «الحلال بين والحرام بين وبين ذلك أمور مشتبهات لا يدري أكثر الناس من الحلال هي أو من الحرام فمن تركه استبراءً لعرضه ودينه فقد سلم ومن واقعه يوشك أن يواقع حراماً كالراعي حول الحمى يوشك أن يقع فيه إلا وإن لكل ملك حمى وحمى اللّه محارمه»[٢]، وقال ﷺ: «دع ما يريبك إلى ما لا يريبك»[٣]، والدليل على جوازه ما روي أن النبي ﷺ رهن درعه عند أبي الشحم اليهودي على شعير أخذه لأهله.

---

(١) انظر الأم (٢/ ١٩٨).
(٢) أخرجه البخاري (٥٢)، ومسلم (١٥٩٩/ ١٠٧).
(٣) أخرجه الترمذي (٢٥١٨)، والنسائي (٥٧١١).

باب بيع البراءة

مسألة[1]: قال: وإذا باعَ شيئاً من الحيوانِ بالبراءةِ فالذي [١٧٨/ب] أذهبُ إليهِ قضاءُ عثمانَ رضي اللّه عنه.

إذا باع حيواناً بشرط البراءة من العيوب، قال في اختلاف العراقيين: فالذي أذهب إليه قضاء عثمان بن عفان رضي اللّه عنه يبرأ من كل عيب لم يعلمه ولا يبرأ من عيب علمه حتى تسميه وتقفه عليه ثم قال: والأصح في القياس لولا ما وصفنا من افتراق الحيوان لا يبرأ من سائر العيوب، أو يبرأ من جميعها، يعني: لولا ما وصفنا من قصة عثمان رضي اللّه عنه، واختلف أصحابنا في المسألة على طريقين. قال الإصطخري وجماعة: في المسألة ثلاثة أقاويل:

أحدهما: هذا وبه قال مالك، وهو اختيار الشافعي وقضاء عثمان رضي اللّه عنه أن ابن عمر رضي اللّه عنهما باع عبداً بثمان مائة درهم بشرط البراءة ثم ترافع هو والمشتري إلى عثمان في عيب به وأراد رده به فقال عثمان لابن عمر رضي اللّه عنهم: تحلف أنك بعته وما علمت به داء كتمته فقال: لا، فرده عليه فباعه ابن عمر بألف درهم، وروي: باعه بألف درهم وخمس مائة ففرق بين ما علم البائع وبين ما لم يعلم، وهذا لأن ما يعلمه لا عذر له في [١٧٩/أ] كتمانه من المشتري وما لم يعلمه فالبايع فيه معذور، وإذا أراد أن يقف المشتري على العيوب حتى يبرأ البائع لعلم المشتري بالعيب لا بالشرط فوجهه أن ما لا يرى مثل عيب السرقة والإباق ونحو ذلك نسميه له وما يمكن أن يرى كالبرص والقرح، فأراد أن يسميه له يذكر محله في البدن وقدره حتى يصير كالمرئي إذ يختلف البعض الحاصل باختلاف محاله ومقاديره فلا يجوز مع الجهالة لأنه يؤدي إلى جهالة الثمن.

وقد قال الشافعي: هاهنا قلت ذلك تقليداً لعثمان بن عفان رضي اللّه عنه، وهذا مشكل لأن الشافعي تقلد أحداً بين الصحابة في الجديد، وإنما قلد في القديم وهذا النص في كتاب الجديد، وإزالة هذا الإشكال أن يقال: ما قصد الشافعي بهذه العبارة محض التقليد بل أراد الاستئناس والاسترواح بما حكي من مذهب عثمان والدليل على هذا أنه عقبه بالقياس فقال: إن الحيوان يفارق ما سواه لأنه يُعتدى الصحة والسقم وتحول طبائعه وقلّ ما يبرأ من عيب يخفى ويظهر، وقد قال [١٧٩/أ/ ٦] مثل هذا في الفرائض، وذلك أنه قلد زيد بن ثابت رضي اللّه عنه في توريث الإخوة مع الجد في الجديد ثم عقبه بالقياس فقال كلاماً طويلاً معناه: أن المدلى به وهو أب الميت لو مات وخلف أباه وهو هذا الجدّ وابنه وهو هذا الأخ كان للأخ خمسة أسداس المال وللجد السدس فكيف يجوز حجب الأخ بالجد في مسألة الجد والإخوة؟ وبين أصحابنا من قال: الشافعي وقلد عثمان رضي اللّه عنه في هذه المسألة على قوله في القديم قول الصحابي حجة يترك به القياس فإن قيل: على هذا فابن عمر رضي اللّه عنهما خالفه لأنه لم يخلف، قلنا: لم يخالفه بل تورع عن اليمين تنزيهاً وهذا ضعيف لما ذكرنا، أن هذه المسألة في الجديد.

والقول الثاني: لا يبرأ عن شيء من العيوب إلا بالتسمية. وبه قال أحمد في رواية،

---

(١) انظر الأم (٢/ ١٩٨).

لأنه إسقاط حق قبل وجوبه، فلا يجوز كالشفيع إذا عفا قبل البيع.

والثالث: يبرأ من جميع العيوب وبه قال أبو حنيفة وأحمد في رواية وهو اختيار الإصطخري وأصل هذا أن البراءة عند أبي حنيفة [١٨٠/أ] عن المجهول تجوز وعندنا لا تجوز واحتج بما روت أم سلمة رضي اللّه عنها أن رجلين اختصما إلى رسول الله ﷺ في مواريث قد درست فقال رسول اللّه ﷺ: «استهما وتوخيا وليحلل أحدكما صاحبه»(١) وهذا غلط، لأنه مرفق في البيع لا يثبت إلا بالشرط فلا تثبت الجهالة كالخيار.

وأما الخبر أراد به تحلله من قدر تسمية فلا حجة فيه، ومن أصحابنا من قال: المسألة على قول واحد، وهو أنه يبرأ مما لم يعلم من العيوب الباطنة ولا يبرأ مما علم من العيوب الباطنة والظاهرة، ولا يبرأ مما لم يعلم من العيوب الظاهرة لأن الشافعي قال: تركت القياس لقضاء عثمان، وإن الحيوان يفارق ما سواه على ما ذكرنا فقدم قضاء عثمان مع ضرب من الاعتبار على القياس المخالف له، ثم قال بعد ما أشار إلى القولين الآخرين: والأول أصح.

قال القاضي الطبري: وهذا غلط عندي لأن الشافعي نص في كتاب اختلافه مع مالك على أن غير الحيوان إذا باعه بالبراءة من عيوبه يبرأ منه [١٨٠/ب] وحكاه القاضي أبو حامد في «الجامع» عنه ذلك فقال: ولو ذهب ذاهب إلى أن من باع بالبراءة مما يعلم ومما لا يعلم كان مذهباً يجد فيه حجة. قال القاضي أبو حامد: هذا قول يأتي في المسألة وإذا كان هذا قولاً في غير الحيوان ففي الحيوان أولى، وأما القول الثالث: حكاه الإصطخري ولا نعرفه للشافعي رضي اللّه عنه إلا من هذا الكلام الذي نقله المزني ولا يمكن إثبات قول آخر بمثله فالذي يحصل من كلام الشافعي فيه قولان:

أحدهما: قذف بين ما لم يعلم من العيوب الباطنة وبين بما علم نص عليه في كتاب اختلاف أبي حنيفة وابن أبي ليلى.

والثاني: أنه يبرأ من كل عيب على الإطلاق على ما نص عليه في غير الحيوان في كتاب اختلافه ومالك فحصل في المسألة ثلاثة طرق.

وأما غير الحيوان مثل النبات والعقار ونحو ذلك إذا باع بشرط البراءة من العيوب على طريقة الإصطخري والقاضي الطبري فيه قولان: **أحدهما**: لا يبرأ بحال وهو المشهور، **والثاني**: يبرأ من كل عيب. وبه قال أبو حنيفة وأحمد في [١٨١/أ] رواية ولا يجيء فيه الفرق وبين العيب الباطن والظاهر، وعلى طريقه سائر أصحابنا قول واحد لا يصح في شرط البراءة أصلاً. وقال أبو علي في «الإفصاح» والقاضي أبو حامد في «الجامع» فيه قول ثالث: يبرأ من عيب لم يعلمه ولا يبرأ مما علمه قياساً على الحيوان. ومن خرّج من أصحابنا هذا القول حمل قول الشافعي في الحيوان يبرأ من عيب لا يعلمه على العيب الظاهر والباطن، وهذا غلط والصحيح الذي عليه المحصّلون من أصحابنا أن قول الشافعي في الحيوان يبرأ من عيب لا يعلمه يريد به العيوب الباطنة. فأما الظاهرة التي يمكنه الوقوف عليها فلا يبرأ منها وإن لم يعلمها، وإذا كان كذلك كان هذا التخريج باطلاً لأن غير الحيوان لا باطن له والفرق بين الحيوان وغيره أن علل الحيوانات كثيرة منها ما يظهر ويستدرك سريعاً، ومنها ما يخفى ولا يعلم إلا بعد طول الزمان فربما يكون به عيب يظهره الحرّ دون البرد أو البرد دون الحرّ أو

(١) أخرجه أبو داود (٣٥٨٤)، وأحمد (٦/ ٢٣٠)، والحاكم (٤/ ٩٥).

الليل دون النهار أو فصل من السنة دون فصل، وقد يكون به نوع سقم وداء كامن [١٨١/ ب] وهو لا يقف عن الافتداء ولا يزال يتحول طبائعه وقل ما يوجد بريئاً من كل عيب، فلو حكمنا بأن البراءة لا تصح لما استقر البيع على حيوان بحال لأنه لا يعرى عن عيب يرد به في الغالب بخلاف سائر العروض، فإنها إن كانت معيبة ييسر إدراك عيبها على المشتري عند العقد فلا ضرورة للبائع إلى اشتراط البراءة.

وقال في «الحاوي»[1]: اختلف أصحابنا في مراد الشافعي بقوله في الحيوان يبرأ مما لم يعلمه على وجهين: **أحدهما**: أراد ما لم يكن معلوماً لخفائه سواء علمه البائع أو لم يعلمه، **والثاني**: أراد ما لم يعلمه البائع لجهله به سواء كان ظاهراً أو خفياً.

فرع

لو باع ما يكون مأكوله في جوفه بشرط البراءة من عيوبه كالرمان والجوز ونحوه لا يختلف أصحابنا أنه بمنزلة غير الحيوان، لأنه يمكن الوقوف على باطن عيبه بقطعه أو بقته.

فرع آخر

إذا قلنا: يصح البيع بشرط البراءة فحدث عند البائع به عيب قبل القبض لا يبرأ منه، وقال أبو يوسف: يبرأ منه لأن الشرط إسقاط له وقد وجد سببه وهذا [١٨٢/ أ] غلط؛ لأنه لم يثبت بعد ولم يوجد فكيف يجوز إسقاطه وهو كالإبراء عما لم يجب.

فرع آخر

لو اختلفا في هذا العيب فقال المشتري: حدث قبل القبض، وقال البائع: كان عند العقد وبرئت بالشرط، وأمكن ما قالا فيه وجهان بناء على علة أصحابنا في الاختلاف في العيب الموجود إذا قال البائع: حدث عند المشتري، وقال المشتري: كان عند البائع فالقول قول البائع لأنه يدعي الإمضاء.

فرع آخر

لو باع بشرط البراءة من كل عيب يحدث بعد العقد قبل القبض فلا يصح البيع ولا الشرط قولاً واحداً.

فرع آخر

إذا قلنا: يصح الشرط سقط الرد بالعيب وإن وجد ألف عيب وقال ابن أبي ليلى: إن ذكر عدد العيوب صح البراءة وإلا فلا يصح. وهذا غلط، لأن المعنى موجود ذكر العدد أو لم يذكر.

فرع آخر

إذا قلنا: لا يصح الشرط، هل يبطل البيع ببطلانه؟ اختلف أصحابنا فيه فمنهم من قال: لا يبطل وهو [١٨٢/ ب] ظاهر المذهب دون البيع، ومنهم من قال: يبطل البيع وهو القياس لأن البيع يبطل بالشروط الفاسدة وهذا الشرط يأخذ قسطاً من الثمن وذلك يوجب جهالة الثمن.

---

(١) انظر الحاوي للماوردي (٥/ ٢٧٤).

فرع آخر

لو كان عليه دين مجهول فقال: أبرأتك من درهم إلى ألف درهم صح الإبراء من الألف، ولو قال: لا حق لي قبل فلان ولا طلبه جاز وهذا إقرار وليس بإبراء.

فرع آخر

لو كان عليه دين مجهول لا يعرف مقداره فأخذ به ثوباً لا يجوز ووافقنا فيه أبو حنيفة فنقيس عليه الإبراء من الدين المجهول بعلّة أنه إسقاط دين مجهول فلا يصح.

باب الاستبراء في البيع

مسألة: قال: وإذا باعَ جاريةً لَمْ يكُنْ لأحدٍ منهُمَا فيها مواضعةٌ.

إذا باع جارية من رجل وسلم ثمنها وجب على البائع تسليمها لأنه تسلم ثمن سلعته فلا معنى لمنعها ولا يجبر [١٨٣/أ] البائع على تعديلها ولا يجبر المشتري على ذلك أيضاً وقصد به الرد على مالك حيث قال: لا يجب على المشتري دفع الثمن ولا على البائع تسليم الجارية حتى تحيض وتطهر وهو تمام الاستبراء، إذا كان المشتري شاباً.

وحكي عن مالك: إن كانت جميلة لا يلزمه تسليمها بل يضعها على يد عدل حتى تستبرئ، وإن كانت قبيحة أجبر على تسليمها لأنه يلحقه التهمة في الجميلة. واحتج الشافعي عليه بأن قال: لو كان لا يلزم دفع الثمن حتى تحيض وتطهر كان البيع فاسداً للجهل بوقت وجوب دفع الثمن وفساد آخر، أن الجارية لا مشتراة شرى العين فيكون لصاحبها أخذها ولا بيع الصفقة فيكون الأجل معلوماً فعرفنا أن انتزاع الجارية من يد البائع وتعديلها للاستبراء ومنعها من المشتري لا تستقيم على النظر فيسلم إلى المشتري ويؤمن باجتنابها إلى أن يتم استبراؤها، ولا يراعي التهمة لأن الظاهر العدالة والسلامة فإذا تقرر هذا ظاهر ما قال هاهنا يوهم أنهما لو تواضعا على تعديلها صح بيعها، وليس كذلك لأن البائع [١٨٣/ب] لو قال: بعت منك هذه الجارية بشرط أن يعدلها للاستبراء ولا أسلّمها إليك وإن سلمت الثمن كان البيع باطلاً لأنه شرط أيضاً وموضوع العقد فيحتمل أن يريد الشافعي بلفظ المواضعة شرط التعجيل والتأجيل في الثمن فكأنه قال: إن اشترط تأجيل الثمن وجب على البائع تسليم الجارية في الحال، وإن لم يكن لها في الثمن شرط تأجيل ومواضعة مدة ونسيه لم يلزم البائع تسليمها ما لم يدفع المشتري ثمنها، فإذا دفع الثمن لزم البائع التسليم ولا يجبر واحد منهما على إخراج ملكه من يده إلى غيره.

وأما قوله: ولا يجوز بيع العين إلى أجل حجة أخرى على مالك لأنه يقول: تسليمها مؤخراً إلى استبرائها فيكون بيع عين إلى أجل وذلك لا يجوز بالإجماع.

وأما قوله ولا للمشتري أن يأخذ منه حميلاً بعهده معناه: أن البيع إذا كان مطلقاً فليس للمشتري أن يقول للبائع بعد البيع أطالبك بجميل يضمن عنك عهدة البيع والجميل في لسانهم الكفيل، وإنما لم يكن للمشتري ذلك لأن العقد مطلق فلا يطالبه به كما لا يطالبه [١٨٤/أ] بكفيل يتكفل بثمنه سواء كان البائع غريباً أو مقيماً مليئاً أو مُعدماً باراً أو فاجراً.

وأما قوله: وإنما التحفظ قبل الشراء دليل على أن الشراء بشرط أن يعطى البائع ضامن درك يجوز، وإن كان بشرط أن يعطيه كفيلاً ببدنه حتى إذا خرج مستخفاً أحضر البائع يجوز

أيضاً، إذا جوّزنا كفالة البدن كالبائع إذا باع بشرط رهن أو كفيل يجوز ذكره القفال، ولو قال رجل للمشتري: أنا أضمن لك معرفة البائع فلا شيء عليه إذا هرب البائع، وإن قال: كذبت ولم أعرفه. وحكي عن مالك أنه قال: إذا اشترى شيئاً من غريب أو رجل غير معروف فما بين الناس سواء كانت جارية أو سلعة أخرى له أن يطلب كفيلاً من البائع بإحضاره ليرجع عليه الثمن عند الدرك وهذا غلط لما ذكرنا. فإذا تقرر هذا فشرح هذا الباب في كتاب العدة ولكنا نشير إلى طرف منها فعندنا إذا أراد بيع جارية قد وطئها قبل البيع لا يجب عليه إن استبرأها بل يستحب ذلك، وقال ابن أبي ليلى: يجب ذلك عليه كما لا يزوّجها قبل الاستبراء. وبه قال الحسن وابن أبي ليلى والثوري والنخعي. وهذا غلط، لأن الحرة المسبية لا [١٨٤/ب] تستبرئ مرتين فكذلك هذه، والفرق أن النكاح لا يجوز فيمن لا يحل وطؤها في الحال فلا بد من الاستبراء والشراء يصح فيشتري ثم يستبرئ.

فرع

لو حاضت في يد البائع بعد البيع قبل التسليم فيه وجهان: **أحدهما**: يحتسب به وهو اختيار القاضي الطبري وهو الصحيح، **والثاني**: لا يحتسب به وهو اختيار أبي حامد والداركي، ولم يذكرا غير هذا الوجه، وغلطا فيه حين ذكرا الضعيف وتركا المذهب الصحيح وكيف يجوز أن يذكر هاهنا وجهاً واحداً، أنه لا يحتسب. وذكر أبو إسحاق في «الشرح» أنها لو وصفت قبل أن يتفرقا وقلنا: الملك للمشتري هل يحتسب به؟ وجهان. فإذا كان في هذه المسألة فكيف يكون في غير مدة الخيار قبل القبض وجه واحد أنه لا يحتسب؟ وقد قال بعض أصحابنا: يحتسب به هاهنا وجهاً واحداً، وهذا أولى مما قال أبو حامد والداركي، وإن أخل بذكر الوجه الآخر والمذهب هاهنا لأن المزني نقل عن الشافعي أنه قال: ولو لم يفترقا حتى وضعت حملاً لم يحل له من [١٨٥/أ] قبل أن البيع إنما تم حين تفرقا عن مكانهما، وهذا يدل على أن الاستبراء بعد التفرق صحيح، وإن كان قبل القبض وفي الميراث قبل القبض يحتسب الاستبراء قولاً واحداً.

فرع آخر

لو ابتاع أمة وكانت في عدة من زوج يلزمها أن تكمل بقية عدة الزوج ثم يستبرئها المشتري من بعد اختلافهما في السبب، والحكم، لأن العدة تجب لزوال الملك ولو عادت بعد الطلاق والدخول للسيد يلزمها العدة من فراق الزوج ثم الاستبراء لاستمتاع السيد ولا ينوب العدة عن الاستبراء كما لا ينوب الاستبراء عن العدة ذكره في «الحاوي»[١]. وذكرنا في كتاب العدة ما قيل فيه.

باب المرابحة

قال[٢]: وإذا باعَ مرابحةً على العشرةِ واحداً وقال: قامتْ عليَّ بمائة ثم قال: أخطأتُ.

---

(١) انظر الحاوي للماوردي (٥/ ٢٧٦).

(٢) انظر الأم (٢/ ٢٠٠).

الفصل

بيع المرابحة جائز ولا يكره، وصورته: أن يخبر برأس ماله في السلعة ثم يبيعه بزيادة شيء معلوم في كل درهم أو في كل عشرة فيكون رأس المال معلوماً لهما والزيادة [١٨٥/ب] معلومة لهما على كل درهم أو كل عشرة، وقال ابن عمر وابن عباس رضي الله عنهم: يكره ذلك ولا يحرم، وقال إسحاق: لا يجوز، لأن الثمن مجهول في ابتدائه وهذا غلط، لأن الثمن معلوم من غير رجوع إليها فجاز، كما لو قال: بعتك هذه الصبرة كل قفيز بدرهم، وإن وجب كليهما لمعرفة مبلغ الثمن فإذا تقرر هذا فالكلام الآن في العبارة التي تصح أن يخبر البائع عن رأس المال فإن لم يكن أنفق عليها ولا عمل فيها يخبر عن رأس ماله بإحدى أربع عبارات: إن شاء قال: اشتريته بكذا وإن شاء قال: هو علي بكذا فأيها قال فقد صدق، فإن كان الشراء بمائة درهم فقال: بعتكه برأس مالي وربح درهم في كل عشرة يعلم أن الثمن مائة وعشرة وعلى هذا الباب وإن كان أنفق عليها مثل أجرة القصار والخياط والصباغ فإنه يخبر بإحدى عبارتين لأنه إن قال: اشتريتها بالثمن وبما انفق عليها كان كاذباً، وإن قال: رأس مالي كذا كان كاذباً أيضاً لأن رأس المال عند الفقهاء عبارة عن الثمن الذي ملك به السلعة، فإذا كان كذلك يقول قام عليَّ بكذا، وهو علي بكذا فيكون [١٨٦/أ] صادقاً.

مثاله اشترى بتسعين وأنفق عليه عشرة ثم قال: قام عليَّ بمائة بعتك بمائة وربح درهم في كل عشرة يجوز وإن كان صادقاً، وإن كان قد عمل فيها عملاً بنفسه فلا يجوز أن نضيف أجرة عمله إلى الثمن ويقول: قام عليَّ أو هو عليَّ بكذا لأن عمله في ملكه لا يتقوّم عليه ولكنه يخبر عن صورة الحال فيقول: اشتريت بكذا وعملت عليه كذا بعتكه بكذا وربح درهم في كل عشرة وعلى هذا رفو الثوب، وكذلك إن تطوع غيره بالعمل له لا يضم إليه.

وقال بعض أصحابنا بخراسان: إن كان أنفق عليها يجوز أن يقول: رأس مالي فيه ويحسب أجرة القصار والخياط، ولكن لا يقول: ثمنه كذا ولا اشتريته بكذا وهو اختيار القاضي الطبري وهو القياس عندي، لأن رأس المال ما قامت به عليه ويطلب به الربح والثمن والنفقة في هذا سواء وعلى هذا مؤونة الكيال والدلال والرصدي ومؤونة الخباز وكري البيت الذي حفظه إن كان البيت يكرى، وإن كان البيت ملكاً أو تولى حمله أو كيله بنفسه لا يضم إليه إلا أن يصرح به على ما ذكرنا، وأما النفقة التي أنفقها على العبد [١٨٦/ ب] في المأكولات والملبوس لا يحتسب من رأس المال، لأنه لاستبقاء الملك لا أنه مؤونة التجارة، وقيل: إذا أنفق عليه أو كساه بما لا بد منه هل يضيف بلفظ القيام وجهان.

فرع

لو تكرر شراء ثوب عنده مثل إن اشتراه وباعه مراراً ثم أراد المرابحة يخبر بما اشتراه به أخيراً فإن اشترى ثوباً بمائة ثم باعه بمائتين ثم اشتراه بخمسين فلا خيار عن الأخير وهو الخمسون. وحكي عن أبي حنيفة أنه قال: لا يبيعه مرابحة أصلاً لأنه ربح مثل رأس ماله الأخير فليس له رأس مال وهو وجه آخر لأصحابنا.

ولو اشترى بعشرة ثم باعه بخمس عشرة ثم اشتراه بعشرة فرأس ماله عشرة ولا يلزم حط قدر الربح الذي ربحه قبل هذا الشراء الأخير من هذا الثمن الأخير، وقال أبو حنيفة: يخبر بخمسة فيضم أحد العقدين إلى الآخر. وبه قال أحمد وخالفه صاحباه وهذا غلط، لأن الثمن الذي يلي بيع المرابحة عشرة فجاز له أن يخبر به كما لو لم يربح فيها.

وقال بعض أصحابنا بخراسان: قال ابن سريج: هذا أحد الوجهين لأصحابنا [١٨٧/أ] في المسألة، قال: وعلى هذا لو اشترى بخمسة وباع بثمانية ثم اشترى بثمانية فرأس المال ثمانية أو خمسة؟ وجهان، وقيل: يخبر بلفظ الشراء بعشرة، ولو أراد أن يبيع بلفظ القيام فيه وجهان **أحدهما**: يقول قام بعشرة. وبه قال أبو يوسف ومحمد لأن ملكه في العين قائم عليه بعشرة. **والثاني يقول**: قام بخمسة وبه قال أبو حنيفة كأجرة الخياطة وهو الصحيح لأن بالإجارة لا يزول الملك بخلاف هذا.

فرع آخر

لو خسر لا يحتسب الخسران في رأس ماله مثل إن اشترى بعشرة فلا يجعل رأس ماله خمسة عشر بل يكون عشرة، وبه قال أبو حنيفة، ومن أصحابنا من ذكر فيه وجهاً: أنه يخبر بخمسة عشر عند الخسران بلفظ القيام لأن الخسران كمؤونة الخياطة وهذا بعيد.

فرع

لو ذكر رأس المال وحصته من الربح ده يازده مثلاً ولم يعرف أنه إذا حسب الربح وضم إلى رأس المال كم يبلغ؟ يجوز على ما ذكرنا، لأنه صار بالخبرية معلوماً وإنما بقي الحساب [١٨٧/ب] ولو لم يخبره برأس المال ولكنه قال: بعت بربح ده يازده على ما اشتريته فقال: اشتريت ثم أخبره بعد برأس المال لا يجوز وهو المذهب.

وقال بعض أصحابنا بخراسان: فيه وجهان **أحدهما**: هذا، **والثاني**: يجوز في المجلس. وبه قال أبو حنيفة، لأنه مبني على العقد الأول وقد اعتمد أمانته، وقد يشتري صبرة جزافاً بكف من دراهم لا يكون تفضيل ذلك معلوماً لهما ويجوز وهذا غلط، لأنه وقع العقد على المجهول، ولهذا لو لم يكن عقد مرابحة فقال: بعتكه بما اشتريته لا يجوز، وإن لم أعلم بعده ويفارق الصبرة لأنه يعلمها بالمشاهدة، وقيل فيه وجه ثالث: يجوز، وإن أعلم بعد المجلس، لأن الثمن فيه مرتب على الثمن في العقد الأول ويمكن معرفته بالرجوع إليه وعلى هذا الخلاف لو اشترى بكف من الدراهم جزافاً ثم باع مرابحة قبل أن يزن الدراهم وعلى هذا جرت العادة بين التجار أنهم يكتبون ثمن كل سلعة عليها برقم لهم فيرجعون إليه وقت البيع فلو قال: بعتك هذه برقمها فالحكم على ما ذكرنا لأنه [١٨٨/أ] يمكن الرجوع إلى الرقم كما يمكن الرجوع إلى غيره في بيع المرابحة.

فرع آخر

قال بعض أصحابنا: لو كان اشتراه مريضاً فعالجه وداواه فمال المعالجة والمداواة تضاف بلفظ الكتابة، وإن مرض فداواه هل تضاف إليه؟ وجهان.

فرع آخر

لو اشترى ثوباً بمائة ثم باعه من غلام دكانه الحر بمائة ثم اشتراه بمائتين حل له أن يخبر عن الثمن الثاني، ولكنه يكره البيع الأول إذا قصد كهذا لأنهما تعاقدا على أن يبيعه منه، وإن لم يصرح به. ولو شرط وذكر في العقد بطل وهذا أصل وهو أن كل ما لو صرح به المتعاقدان بطل العقد فإذا عقدا وهما يقصدان ذلك أو يعتقدانه يوجب الكراهة، وإن لم يبطل به العقد، وقال بعض أصحابنا المتأخرين: إذا قصد ذلك ليخبر به في بيع المرابحة كان تدليساً محرماً في الشرع، وإذا بان له ذلك يثبت به الخيار وهذا أحسن عندي.

فرع آخر

لو اشتراه من أبيه أو ابنه الكبير لا يلزمه الإخبار عنه. وبه قال أبو يوسف [١٨٨/ب] ومحمد، وقال أبو حنيفة وأحمد: يلزمه الإخبار عنه لأنه متهم في المسامحة معهم فيشتريه بأكثر كما لو اشترى من عبده ومكاتبه وهذا غلط، لأنه أخبر بما اشتراه به عقداً صحيحاً فجاز كما لو اشتراه من صديقه، وأما البهيمة تبطل بهذا الأصل.

وأما المكاتب فيحتمل أن لا نسلم ولئن سلمنا فلأنه غير مميز من ملكه بخلاف مال الأب والابن.

فرع

قال أصحابنا بخراسان: لو اشترى من ابنه الصغير يلزمه الإخبار لأنه الناظر في ذلك العقد فهو متهم في حق المرابحة، وإن كان أميناً على ولده في حقه.

فرع آخر

إذا اشترى ثوباً بمائة إلى سنة فباعه مرابحة يلزمه الإخبار عن الأجل، وقال بعض أصحابنا بخراسان: فيه وجهان وليس بشيء ولو لم يخبر عن الأجل وباع مرابحة يصح البيع، فإذا أعلم المشتري بالحال كان بالخيار بين أن يقبله ذلك حالاً أو يرد لأنه ظهر منه تدليس زاد لأجله في الثمن فهو كالمصراة سواء، وحكي عن أبي حنيفة أنه قال: لزم البيع حالاً ولا خيار [١٨٩/أ] وقال الأوزاعي: يلزم العقد ويلزم الثمن في ذمة المشتري مؤجلاً بقدر ذلك الأجل، وبه قال أحمد وإسحاق، لأنه ملكه بما اشتراه فثبت مؤجلاً كما اشترى وهذا غلط، لأنه لم يرض بذمة المشتري وقد يكون ذمته دون ذمة البائع، وقال سفيان الثوري: إن كانت السلعة قائمة فللمشتري الخيار، وإن كانت تالفة لزمه الثمن حالاً.

فرع آخر

لو اشترى عبداً بمائة ثم علم به عيباً بعد أن حدث عنده عيب آخر كان له الرجوع بأرش العيب على البائع فإذا رجع فيه وكان في التقدير عشرة دراهم حصل له العبد بتسعين فإذا أراد بيع المرابحة لا يجوز أن يقول: اشتريته بتسعين لأنه اشتراه بمائة فنجبر عن التسعين بإحدى عبارات ثلاث فيقول: رأس مالي فيه تسعون أو يقوم عليّ بتسعين أو هو علي بتسعين.

فرع آخر

لو اشترى عبداً ثم جنى على جناية أرشها عشرة فأخذ ذلك هل يجوز أن يخبر بالمائة أم لا؟ فيه وجهان **أحدهما**: لا يخبر إلا بتسعين لأن الأرش بدل جزء منه فهو كالأرش المأخوذ في المسألة الأولى عند حدوث عيب آخر به [١٨٩/ب] **والثاني**: له أن يخبر بمائة لأن الأرش لا يرجع إلى العقد، بل هو بسبب حادث كالكسب والأول أصح، فإذا قلنا: يخبر بتسعين فأخبر ثم علم المشتري بالجناية فلا خيار، وإذا قلنا: لا يلزمه الإخبار به، ويجوز أن يخبر بما به فعلم المشتري بالجناية وكان أخبر بمائة له الخيار.

فرع آخر

لو اشترى عبداً بمائة فجنى العبد جناية أرشها عشرة ففداه السيد يخير بما اشتراه ولا يضم الفداء إلى رأس المال كما لو مرض فأنفق عليه لا يضم النفقة إلى رأس المال ويفارق أجرة القصار؛ لأنه يحصل بها زيادة في المبيع بخلاف الفداء، وكذلك إن أغصبه غاصب فبذل له شيئاً حتى رده إليه لم يجز له ضمه إليه.

فرع آخر

لو حدث بما اشترى عيب في ملكه إما قبل القبض أو بعده ثم أراد أن يبيعه مرابحة يلزمه الإخبار بأن العيب حدث في ملكه فإن لم يخبر لم يحل له ولكن البيع صحيح كما لو كذب في رأس المال ثم إذا علم المشتري له الخيار أعني إذا كان عالماً بالعيب ولكنه لم يعلم أنه حصل في [١٩٠/أ] ملكه بل ظنَّه قديماًو فإذا علم أنه حصل في ملكه له الخيار، وقال أبو حنيفة: إن كان العيب بآفة سماوية لا يلزمه الإخبار عنه وهذا غلط قياساً على ما لو كان بجناية آدمي وعلى هذا لو زوّجها فالتزويج عيب يلزمه الإخبار عنه، وقيل: فيه وجه لا يلزمه ذلك وهو غلط عندي.

فرع آخر

لو اشترى عبدين أو ثوبين له أن يبيع أحدهما بحصته من الثمن مرابحة ويقسط الثمن على قيمتها وقال أبو حنيفة وأحمد: لا يجوز لأن قسمة الثمن على القيمة بالحزر والظن، وربما يقع فيه الخطأ وهذا غلط لأنه لو باع شقصاً وسيفاً بقسط الثمن على قدر القيمة عند الأخذ بالشفعة ويقوّم المسروق لقطع يد السارق فجاز مثله هاهنا.

فرع آخر

لو اشترى مائة قفيز من حنطة بمائة درهم ثم أراد أن يبيع قفيزاً منها مرابحة، جاز أن يخبر بأن ثمنه درهم لتقسيط الثمن على أجزائها ووافقنا فيه أبو حنيفة، وقال في «الحاوي»[1] ـ في الحنطة ـ قال أصحابنا: لا يجوز كما لا [١٩٠/ب] يجوز في أحد العبدين إذا كان اشتراهما معاً وهذا غريب انفرد وهو عين قول أبي حنيفة، وعلى ما ذكرنا لو كان عبداً واحداً يجوز أن يبيع نصفه بقسطه من الثمن.

---

(١) انظر الحاوي للماوردي (٥/ ٢٨٣).

فرع آخر

لو أسلم في ثوبين بصفة واحدة وقبضهما له أن يبيع أحدهما مرابحة ويخبر بحصته من الثمن. وقال أبو يوسف ومحمد وقال أبو حنيفة: ليس له ذلك لأن الثوبين يختلفان حال التعيين وهذا غلط، لأن الثمن وقع عليهما متساوياً فهو كما لو اشترى قفيزين فإن حصل في أحدهما نقصان في الذمة فذلك كالحادث بعد الشراء فلا يمنع بيع المرابحة، فإن أخذ دون حقه في الصفة يلزمه الإخبار حينئذٍ.

فرع آخر

لو اشترى نخلة غير مطلعة فأطلعت في يده وأخذ الثمرة أو شاة ليس عليها صوف فنبت الصوف وجَزّه أو حلب لبنها الحادث في ملكه ثم أراد بيعها مرابحة يخبر بالثمن الذي اشتراها لأن ما أخذه حادث في ملكه لا مقابلة من الثمن بشيء. وحكي [١٩١/ أ] عن أبي حنيفة يلزمه الإخبار بذلك، ولو كانت النخلة مطلعة أو كانت الشاة ذات صوف ولبن يحط مقسطه من الثمن، لأنه يأخذ قسطاً من الثمن فهو كما لو اشترى شاتين ثم باع أحدهما.

فرع آخر

لو اشترى ثوباً فصبغه فالصبغ عين قائمة له أن يخبر بما اشتراه به ويضيف إليه الصبغ.

فرع آخر

لو حط البائع عنه بعض الثمن فإن كان قبل لزوم العقد وهو في مدة الخيار أخبر بالثمن الذي بقي بعد الحط، وهكذا لو زاد وبه قال عامة أصحابنا، وقال أبو علي في الإفصاح: هذا إذا قلنا: الملك للبائع فأما إذا قلنا: الملك للمشتري لا يلزمه أن يحط من الثمن لأنه ملك بالثمن الأول، وإن كان الحط بعد لزوم العقد لا يلحق العقد فيخبر بالثمن الأول لأنه هبة مجددة، وقال أبو حنيفة: يلزمه حطه وهذا على أصله أن الحط بكل حال لمحق أصل العقد، وقال ابن أبي ليلى: لا يلزم الإخبار عنه بحال وإن كان في زمان الخيار.

فرع آخر

لو اشترى العامل في المضاربة ثوباً [١٩١/ب] بمائة وباع من رب المال بمائة وخمسين ثم أراد بيعه مرابحة لا يجوز أن يخبر إلا بمائة وخمسة وعشرين، لأن نصف الربح له ذكره في «الحاوي»(١) وهو غلط، لأن العامل في القراض لا يبيع مال القراض من رب المال لأنه ملكه نص عليه الشافعي.

فرع آخر

لو اشترى ثوباً بمائة فأخبر في المرابحة بأنه اشتراه بتسعين هل يكون كاذباً في إخباره؟ وجهان **أحدهما**: لا يكون كاذباً لدخول التسعين في المائة فعلى هذا الإخبار

---

(١) انظر الحاوي للماوردي (٥/ ٢٨٢).

للمشتري إذا علم به، **والثاني**: يكون كاذباً لأن التسعين بعض الثمَن في مقابلة بعض المبيع فلم يجز أن يخبر بأنها جميع الثمن، وفي مقابله جميع الثمن فعلى هذا الوجه للمشتري الخيار في الفسخ ذكره في «الحاوي»(١).

فرع آخر

يجوز بيع المواضعة وهو ضد بيع المرابحة وصورته أن يقول: اشتريت هذا بمائة بعتك برأس مالي ووضيعة درهم في كل عشرة، فإذا قال هكذا كيف يكون حكمه؟ قال أصحابنا: لا نص فيه ولكن معنى هذا الكلام وضيعه واحد من عشرة كما لو قال في المرابحة: ربح درهم على كل عشرة كان الربح [١٩٢/أ] بعد العشرة فكذلك في المواضعة الوضيعة من غير العشرة فعلى هذا يرد كل أحد عشر درهماً من رأس المال عشرة فيصير آخذاً لهذا الثوب بأحد وتسعين درهماً إلا جزءاً من أحد عشر جزءاً من درهم لأن التسعة والتسعين ردت إلى تسعين والدرهم الباقي أسقط منه جزءاً من أحد عشر جزءاً، وبه قال أبو حنيفة، وقال أبو ثور: يرد كل عشرة من رأس المال إليه تسعة فيكون الثمن تسعين وبه قال محمد، وهو اختيار القاضي الطبري، وهو الصحيح عندي. وقال أبو حامد: الذي عندي أنه إن قال بوضيعة درهم من كل عشرة فكما قال أصحابنا، ولو قال: بعتك بوضيعة العشرة واحداً فهذه عبارة محتملة وبهذه العبارة فرض الكرخي المسألة في مختصره، والخلاف في هذه المسألة بين العلماء في هذه الصورة، وقال في «الحاوي»(٢): في المسألة وجهان والأصح أنه يعتبر لفظ العقد، وإن قال بالوضيعة لكل عشرة واحداً ردت الأحد عشر إلى عشرة، ولو قال بالوضيعة من كل عشرة واحداً ردت العشرة إلى تسعه لأن لفظة من تقتضي إخراج [١٩٢/ب] واحد من العشرة ويخالف معنى اللام.

وذكر بعض أصحابنا: أن من واللام في هذا سواء وهذا غلط، لأن من لا يحتمل إلا ما ذكرنا، وعلى هذا الذي ذكرنا لو قال: رأس مالي عشرة فبعت منك بوضيعة ده يازده يلزمه تسعة وجزء من أحد عشر جزءاً من درهم لأن تقدير الكلام بعتك من كل أحد عشر بعشرة فيجب أن ينقص هاهنا درهم إلا جزءاً من أحد عشر جزءاً من درهم، وبه قال أبو يوسف وابن أبي ليلى، وعلى ما قال محمد وأبو ثور يلزم تسعة، وعلى ما ذكرنا إذا قال: بوضيعة العشرة درهمين تضاف الدرهمان إلى العشرة فيصير اثنى عشر قدر الوضيعة منها السدس فتوضع السدس من رأس المال فيصير الثمن ثمانية، وقلت: على قول عامة أصحابنا وعلى هذا أبداً فإذا تقرر هذا رجعنا إلى مسألة الكتاب.

وهي إذا قال: اشتريت هذه السلعة بمائة وباعها مرابحة على كل عشرة درهم ثم قال: أخطأت وإنما كنت اشتريتها بتسعين فالبيع صحيح، قال الشافعي: وهي واجبة للمشتري برأس مالها وبحصته من الربح [١٩٣/أ] وقال بعد هذه المسألة(٣): «ولو علم

---

(١) انظر الحاوي للماوردي (٥/ ٢٨٢). (٢) انظر الحاوي للماوردي (٥/ ٢٨٣).
(٣) انظر الأم (٢/ ٢٠٠).

أنه خانه حططت الخيانة وحصّتها من الربح» فإن كان المبيع قائماً كان للمشتري أن يرده فجعل للمشتري الخيار، هكذا نقل المزني وأراد به إذا علم ذلك بالبينة، ففرق بين الإقرار والبينة، وقال في «اختلاف العراقيين» في المسألة قولان: **أحدهما**: يمسكها المشتري بمائة وعشرة أو يرد، **والثاني**: وجبت للمشتري تسعة وتسعين، وظاهر المذهب أنه لا فصل بينهما، وفي الجملة في المسألة قولان كم يكون ثمنها؟

إحداهما: ثمنها مائة وعشرة. وبه قال أبو حنيفة ومحمد لأن المشتري دخل في العقد على أن يمسكها بهذا القدر ولم يرض للبائع أن يبيع بدون ذلك، **والثاني**: ثمنها تسعة وتسعون. وبه قال أبو يوسف: وهو الأصح لأن العقد عقد مرابحة، فلا بد من اعتبار الثمن الأول في العقد الثاني. وبه قال ابن أبي ليلى وأحمد.

وقال بعض أصحابنا بخراسان: هذا إذا قال: أخطأت فإن قال: كذبت فظهر بالبينة أنه كذب فلا خلاف في وجوب الحط وهذا غريب، فإذا قلنا بالقول الأول فالمشتري بالخيار إن شاء [١٩٣/ب] أمسكها بهذا القدر، وإن شاء فسخ لأن الخيانة قد ظهرت ولم يرض هو بها فإن فسخ فلا كلام، وإن أمسكها بمائة وعشرة فلا خيار للبائع لأنه لم ينقص عما باع به وعلى هذا لو قال البائع: أنا أحط عنك قدر الجناية وحصتها من الربح هل يسقط خيار المشتري؟ وجهان:

أحدهما: يسقط كما لو زال العيب، **والثاني**: لا يسقط لأنه لا يؤمن أنه خانه من وجه آخر، وإذا قلنا بالثاني فهل للمشتري الخيار؟ ذكره المزني وحرملة لأنه إذا اطلع من البائع على جناية لم يأمن من جنايته مرة ثانية والمعول من بيع المرابحة على الأمانة، وربما حلف أن يشتريها لمائة وعشرة فإذا بان أيضاً مبيعة بأقل من ذلك لم يبر في يمينه.

والثاني: وهو الأصح لا خيار له لأنه قد زاده خيراً بنقصان الثمن، فلا يثبت الخيار كما لو باعه عبداً على أنه أمي فإذا هو كاتب لا خيار، ومن أصحابنا من ذكر طريقة ثانية وهي: أنه إذا ثبت بإقراره لا خيار والفرق أنه إذا ثبت بالبينة يقدح ذلك في أمانته وثقته وبالإقرار تزيد أمانته وهذه الطريقة أظهر وأشبه بالمذهب، [١٩٤/أ] ومن أصحابنا من ذكر طريقة ثالثة وهي: أنه إن كانت السلعة قائمة له الخيار سواء ثبت الخيانة بالبينة أو بالإقرار، وإن كانت تالفة لا خيار سواء يثبت بالبينة أو بالإقرار، والصحيح الطريقة الأولى.

وقال القاضي أبو حامد في «جامعه»: قد قيل: لا يصح البيع بتسعة وتسعين إلا بتجديد العقد لأن هذا الثمن لم يكن معلوماً عند العقد الأول، ولا يجوز بيع شيء يكون ثمنه مجهولاً عند العقد. وهذا قول بعض أصحابنا ذكره في «الحاوي»[١] وهو غلط، لأن أكثر ما فيه أنه دلس على المشتري تدليساً يراد الثمن لأجله، وهذا لا يبطل البيع كما لو دلس العيب فإذا قلنا: له الخيار فاختار الإمساك فهل للبائع الخيار؟ وجهان، وقيل قولان: **أحدهما**: له الخيار لأنه دخل في العقد على أن يحصل له مائة وعشرة، فإذا لم يحصل له ذلك كان له الخيار وعلى هذا لو اختار المشتري التزام

(١) انظر الحاوي للماوردي (٥/ ٢٨٥).

الزيادة سقط خيار البائع، **والثاني**: لا خيار له لأنه رضي بأن يكون ربحه ما شرطه، ومن أصحابنا من قال: هذا إذا ثبت بالبينة لأنه يقول رأس مالي مائة والشهود [١٩٤/ ب] كذبة فيما شهدوا به، فأما إذا اعترف بذلك فلا خيار له وهذا اختيار القاضي الطبري.

فرع

إذا كانت السلعة تالفة قال بعض أصحابنا: نص الشافعي في كتبه أنه لا خيار للمشتري وتكون لازمة له بتسعة وتسعين، لأنا لو أثبتنا الخيار هاهنا لدخل على البائع ضرر والضرر لا يزال بالضرر، ومن أصحابنا من قال: يبقى خياره فيرد قيمته ويسترجع الثمن ذكره القاضي الطبري، وأما على القول الذي يقول ثمنها مائة وعشرة ولا يسقط حقه بالتلف ويكون بمنزلة المعيب لستره عن المشتري فلا يسقط حقه بتلفها ولا وجه للفسخ لما ذكرنا، كما لو تلف المعيب في يد المشتري لا يفسخ البيع فيه. فإذا تقرر هذا قال الشافعي في مسألة الخيانة التي ذكرناها[1]، ولم أفسد البيع لأنه لم ينعقد على محرم عليهما معاً، وإنما وقع محرماً على الخائن منهما كما يدلس له العيب فيكون التدليس محرماً، وما أخذ من ثمنه محرماً وكان المشتري في ذلك الخيار، فصرح القول في موضع التدليس بأنه يحرم مع حكمه بأن البيع صحيح منعقد [١٩٥/أ] وهذا من المشكل، ولهذا الإشكال اعترض المزني فقال: ولو كان ثمنها حراماً، وبه وقعت العقدة كان البيع فاسداً أرأيت لو اشتراها بجارية فدلّس المشتري كما دلس البائع فيما باع، فهذا حرام بحرام، يبطل به البيع وليس كذلك إنما حرم عليه التدليس والبيع نفسه جائز، وإن كان من أحدهما سبب يحرم وليس السبب هو البيع، ولو كان هو البيع لحرم البيع وفسد الشراء وهذا مسطور في بعض نسخ المزني.

وأجاب أصحابنا عن هذا بأن مراد الشافعي تحريم فعل التدليس واكتساب الثمن به. وقال الإمام أبو محمد الجويني: ليس هذا بإنصاف للمزني لأن الشافعي قال: فيكون التدليس محرماً فأفادنا تحريم هذا الفعل ثم زاد فقال: وما أخذ من ثمنه محرماً فلا بد من زيادة.

فائدة: والأحسن في جواب المزني أن يقال: لفظ التحريم ربما يطلق والمراد به التبرئة، وهكذا يقول فيمن دلس في بيع وأخذ ثمنه المستحب من طرق التبرية أن يعد هذا الثمن من جملة المحرمات تحرجاً [١٩٥/ ب] لا تحريماً. وقد قال الشافعي: وحرم التدليس على معنى أنه إثم وتغرير لا على معنى أن البيع معه غير منعقد فلذلك قوله: وما أخذ من ثمنه محرماً أي: محرم الأخذ لا محرم العين وهذا أولى من الجواب الأول، وقيل: أراد الشافعي أنه لم يكن محرماً لمعنى يعود إلى المعقود عليه. بل لمعنى في العاقد فلا يضر صحة البيع.

مسألة: قال: فإنْ قالَ: ثَمَنهَا أكثرُ منْ مائةِ وأقامَ على ذلك بينةٍ لم يقبلْ.

إذا باع شيئاً مرابحة على كل عشرة درهم وقال: اشتريت بمائة وتفرقا عن تراض منهما ثم رجع البائع إلى المشتري، وقال: غلطت كنت اشتريته بمائة وعشرة دراهم وأنا

---

(١) انظر الحاوي للماوردي (٢/ ٢٠١).

أستحق عليك أحد عشر درهماً، لا يقبل قوله في ذلك، لأنه أقر في الأول بأقل من ذلك فلا يقبل رجوعه عن إقراره، وإن أقام على ذلك شاهدين لم تقبل شهادتهما بإقراره الأول، ومن كذب بينة نفسه لم يقبل منه، ولو قال: احلفوا لي المشتري أنه لا يعلم صحة ما أقول فهل يحلف أم لا؟ [١٩٦/أ] فالقول قول المشتري كذلك هاهنا.

باب الرجل يبيع الشيء إلى أجل ثم يشتريه بأقل من الثمن

مسألة(١): قال: ولا بأسَ أن يبيعَ السلعةَ إلى أجلٍ ثمَّ يشتريَهَا من المشتري.

الفصل

القصد به جواز بيع العينة وصورته أن يبيع السلعة إلى أجل ثم يشتريها من المشتري بأقل نقداً يصح البيع الأول والثاني جميعاً، وكذلك لو اشتراها بمثل ذلك الثمن أو بأكثر وبه قال ابن عمر وزيد بن أرقم رضي اللّه عنهما، وقال أبو حنيفة: لا يجوز أن يشتريها بأقل من الثمن الأول، وبه قال ابن عباس وعائشة رضي اللّه عنهما، وهو قول مالك وأحمد وإسحاق، وقال أبو حنيفة: يجوز أن يشتريها بسلعة قيمتها أقل من قدر الثمن قال: ولو باعها بدراهم ثم اشتراها بدنانير قيمتها أقل من قدر الثمن لم يجز استحساناً، قال: وإن باعها بأجل ثم اشتراها بأكثر من ذلك الأجل لا يجوز. قال: ولو اشتراها وكيله له بأقل من ذلك الثمن جاز [١٩٦/ب] قال: ولو اشتراها والد البائع لم يجز بأقل من الثمن الأول وهذه مناقضات.

واحتجوا بما روي أن امرأة أتت عائشة رضي اللّه عنها فسألتها عن بيع باعته من زيد بن أرقم قالت: بعت من زيد بن أرقم فرساً بثمان مائة درهم إلى العطاء ثم اشتريته منه بستمائة نقداً، فقالت: بئس ما شريت وبئس ما بعتِ أخبري زيد بن أرقم: «أنه قد أبطل جهاده مع رسول اللّه ﷺ إلا أن يتوب»، وأجاب الشافعي عن هذا بأن هذا الخبر غير ثابت لأنه رواية امرأة أبي السقر عن عائشة بنت عجرد وهما مجهولتان ثم إن ثبت نحمله على أن عائشة رضي اللّه عنها عابت البيع إلى العطاء لأنه أجل غير معلوم ثم قال: وزيد صحابي فإذا اختلفوا فمذهبنا القياس وهو مع زيد وهو ما ذكر أن السلعة ملكه فله أن يبيع كيف شاء هل يدل على أن القياس لا يقتضيه، وقول الصحابي إذا اجتمعا في مسائل اختلفت الصحابة فيها تقديم [١٩٧/أ] القياس، وإن كان القول الثاني: صادراً عن كبراء الصحابة إنما يقولون قصد هذا العاقد أن يعطي خمس مائة ليسترد بعد زمان ألفاً وهذا عين الربا قلنا: قصده الفرار من الربا. وقدر هذا التقدير لما جاز أن يشتريها بسلعة قيمتها . . . أيضاً.

تم الجزء الرابع حسب تقسيم المؤلف

ويليه إن شاء الله تعالى الجزء الخامس

وأوله: باب تفريق الصفقة

---

(١) انظر الأم (٢/ ٢٠١).

فهرس المحتويات